Otto Kirchheimer

COSTITUZIONE SENZA SOVRANO

Saggi di teoria politica e costituzionale

Introduzione e cura di Angelo Bolaffi

De Donato

ellisse

9
Collana diretta da
Massimo Cacciari e Biagio De Giovanni

Weimar - und was dann? Analyse einer Verfassung
(*Analisi di una Costituzione. Weimar - E poi?*, pp. 45-83)
da *Politik und Verfassung* © 1964 Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main
Legalität und Legitimität
(*Legalità e legittimità*, pp. 115-33)
da *Politische Herrschaft* © 1967 Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main
Eigentumsgarantie in der Reichsverfassung und Rechtsprechung
(*Garanzia di proprietà nella Costruzione del Reich e giurisprudenza*, pp. 100-14)
Die staatsrechtlichen Probleme der Reichstagsauflösung
(*I problemi di diritto pubblico dello scioglimento del Reichstag*, pp. 134-43)
Die Verfassungslehre des Preussen-Konflikts
(*La dottrina costituzionale del conflitto prussiano*, pp. 144-58)
Verfassungsreaktion 1932
(*Reazione costituzionale*, pp. 15-71)
Marxismus, Diktatur und Organisationsform des Proletariats
(*Marxismo, dittatura e forma di organizzazione del proletariato*, pp. 201-11)
da *Funktionen des Staates und der Verfassung*
© 1972 Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main
Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus
(*Sulla dottrina dello Stato del socialismo e del bolscevismo*, pp. 3-20)
Panzerkreuzer und Staatsrecht
(*Incrociatore corazzato e diritto pubblico*, pp. 21-6)
Bedeutungswandel des Parlamentarismus
(*Trasformazione di significato del parlamentarismo*, pp. 27-32)
Das Problem der Verfassung
(*Il problema della Costituzione*, pp. 33-6)
Verfassungswirklichkeit und politische Zukunft der Arbeiterklasse
(*Realtà costituzionale e futuro politico della classe operaia*, pp. 37-44)
Reichsgericht und Enteignung
(*Tribunale del Reich ed espropriazione.*
Incostituzionalità della legge prussiana sull'allineamento?, pp. 84-95)
Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems
(*L'articolo 48 e le trasformazioni del sistema costituzionale.*
Un contributo nell'anniversario della Costituzione, pp. 96-9)
Die Verfassungsreform
(*La riforma costituzionale*, pp. 172-85)
Verfassungsreform und Sozialdemokratie
(*Riforma costituzionale e socialdemocrazia*, pp. 186-200)
da *Von der Weimarer Republik zum Faschismus:*
die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung
© 1976 Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main
Traduzione dal tedesco di Michele Bertaggia e Marta Keller

Società editrice cooperativa s.r.l.
Lungomare Nazario Sauro, 25 - Bari
CL 07-0488-1

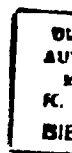
Otto Kirchheimer

COSTITUZIONE SENZA SOVRANO

Saggi di teoria politica e costituzionale

Introduzione e cura
di Angelo Bolaffi

De Donato

Indice

Introduzione
di Angelo Bolaffi

Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer

Questo lavoro fa parte di una ricerca piú complessiva che l'A. sta conducendo sulla *Verfassungsdebatte* weimariana. Si coglie l'occasione per ringraziare il Deutscher Akademischer Ausstausch Dienst e la Humboldt-Stiftung per le possibilità offerte di soggiorno nella RFT e per ricordare la cortese ospitalità dimostrata dall'Otto Suhr-Institut della Freie Universität di Berlino.

Angelo Bolaffi svolge attività di ricerca presso l'università di Roma e collabora a « Rinascita ». Fa parte del direttivo della rivista « Laboratorio politico ». Ha curato la pubblicazione di G. Lukács, *Il giovane Marx* (Roma 1978) ed è autore di numerosi saggi e articoli. Nei nostri « Dissensi » ha pubblicato *La democrazia in discussione* (1980).

1. *Da sponda a sponda: l'emigrazione intellettuale di un allievo di Carl Schmitt*

Tutta l'opera di Otto Kirchheimer si rivela come l'ininterrotto tentativo di concettualizzare le trasformazioni dei sistemi politico-statuali e delle norme che ne regolano il funzionamento: il vero centro tematico, il ' filo rosso ' che percorre la sua ricerca è la riflessione sulla sovranità, sulle sue forme e sui soggetti che in senso materiale e formale la esercitano o sono in lotta per tal fine. In questo senso egli è rimasto figlio dell'esperienza e del fallimento di Weimar, e allievo di Carl Schmitt [1].

[1] La storia del rapporto tra Kirchheimer e Carl Schmitt, sia sul piano personale che su quello intellettuale, è ancora oggetto di ricerca e di discussione. Si vedano in tal senso le minuziose indicazioni di W. Luthardt che accompagnano l'edizione del saggio che nel 1935 Kirchheimer pubblicò sotto lo pseudonimo di Dr. Hermann Seitz (cfr. « Kritische Justiz », 1, 1976). In una lettera a J. Seifert del 30 settembre 1968 Carl Schmitt ricorda che « i miei rapporti dopo la guerra con Kirchheimer iniziarono con la sua visita a Plettenberg e cessarono nell'estate del 1961 allorché venni a conoscenza di alcuni particolari del suo comportamento in relazione alle procedure per il dottorato di Georg Schwab. [...] Kirchheimer fece di tutto per impedire che la tesi venisse accettata costringendomi a riconoscere di aver commesso un errore di valutazione nei suoi confronti, errore che risaliva al 1927 ».

Lo stesso G. Schwab, autore di una importante ricostruzione dell'opera di Schmitt (*The Challenge of the Exception. An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlin 1970), relativa cioè a quella che potremmo definire la seconda *fase* o *svolta* del pensiero schmittiano, indicata da Schmitt come una versione ufficiale del suo pensiero, ricorda quest'episodio nell'articolo *Through a Glass Darkly*, in « Canadian Journal of Political and Social Theory », vol. 4, n. 2, 1980. Probabilmente l'opposizione di Kirchheimer alla ' promozione ' di Schwab è da spiegare con la sua volontà di non collaborare al tentativo di Schmitt di ottenere una riabilitazione via USA.

Il politologo largamente noto come lucido analista dei mutamenti conosciuti nel secondo dopoguerra dal partito di massa di tradizione socialdemocratica e, piú in generale dai sistemi politici occidentali, conservò, nel suo esilio « da sponda a sponda »[2], la memoria delle questioni che, con spregiudicata e inusitata audacia intellettuale[3],

Nel colloquio che nei giorni 14 e 15 luglio 1981 abbiamo avuto con Carl Schmitt nella sua abitazione di Plettenberg (si veda « Alfabeta », n. 32, 1982) egli non solo ci ha confermato tutto questo ma ha addirittura retrodatato la polemica con Kirchheimer. Sul piano teoretico Kirchheimer non avrebbe « fatto altro che ' politicizzare ' quanto egli aveva in precedenza elaborato » (« er war kein Jurist, er hat einfach alles politisiert ») e con la pubblicazione del 1935 avrebbe cercato di danneggiarlo mettendolo in cattiva luce agli occhi del regime. Cosa che del resto puntualmente si verificò allorché l'anno successivo l'organo delle SS « Das schwarze Korps » attaccò duramente Schmitt. Lo scritto di Kirchheimer *Staatsgefüge und Recht des Dritten Reiches*, concepito probabilmente tra il giugno e l'agosto del 1935 a Parigi, venne clandestinamente fatto entrare in Germania e diffuso ricorrendo a una astuta falsificazione. Fu infatti presentato come lo *Heft* 12 della nota serie di saggi *Der deutsche Staat der Gegenwart*, diretta appunto dallo Schmitt. La dura replica a questo scritto apparsa anonima nella « Juristische Rundschau » della « Deutsche Juristen-Zeitung » dovrebbe risalire allo stesso Schmitt.

Riferimenti a Kirchheimer o citazioni di suoi scritti da parte di Schmitt si trovano in *Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1969² (I ed. 1931), p. 142 (ed. it. Milano 1981); in *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, 1929, p. 99; *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien* (1931), pp. 161 e 168; *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), pp. 182, 192, 195; e in *Legalität und Legitimität* (1932), p. 269, saggi raccolti in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin 1958. Nelle *Anmerkungen* (p. 346) Schmitt fa riferimento anche ai saggi postbellici di Kirchheimer e in particolare discute la sua tesi della ' scomparsa ' dell'opposizione nei sistemi politici.

[2] H. Stuart Hughes, *Da sponda a sponda*, Bologna 1975, che ricostruisce « il modo in cui tale esperienza venne trasferita nelle piú grandi correnti della vita americana » (p. 142). Inoltre F. Neumann, *The Social Sciences*, in *The Cultural Migration: The European Scholar in America*, Philadelphia 1953; H. Pross, *Die deutsche akademische Emigration nach den Vereinigten Staaten 1933-41*, Berlin 1955; e le interviste pubblicate in: M. Greffrath (a cura di), *Die Zerstörung der Vernunft*, Hamburg 1979.

[3] Albert Salamon, successore di Hilferding nella direzione della rivista « Die Gesellschaft » nella quale tra l'altro sono apparsi quasi tutti i saggi qui raccolti di Kirchheimer (per una valutazione del ruolo di questa rivista e per una ricostruzione delle sue vicende cfr. G. E. Rusconi, *La crisi di Weimar*, Torino 1977, p. 176; Id., *Introduzione* a H. Marcuse, *Marxismo e rivoluzione*, Torino 1975; ma soprattutto E. Fraenkel, *Vorwort* a *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt 1968), in una recensione del 1931 (cfr. n. 3, Jg. VIII) affermò che: « assieme a Schumpeter Schmitt è il solo grande scrittore della letteratura scientifica ». « Arrampicatore con talento » (*talentierter Streber*) lo definisce invece K. Löwith nell'importante saggio *Max Weber und seine Nachfolger*, in « Mass und Wert », III Jg., 1940, Heft 2 e accusa Schmitt di « occasionalismo teorico » rovesciandogli contro la critica del pensiero romantico che quest'ultimo aveva magistralmente sviluppato nella sua *Politische Romantik* (1919) e del suo procedere per coppie op-

Schmitt aveva imposto alla discussione giuridico-costituzionale tedesca ed europea degli anni Venti: primo fra tutti quello della sovranità [4] definito appunto come essenza della *Verfassungslehre* [5]. In questo, Kirchheimer ha condiviso il destino di altri giovani giuristi socialdemocratici come Neumann e Fraenkel e, sotto certi aspetti, Kahn-Freund [6], i quali giacché socialisti ed ebrei furono costretti

posizionali di concetti, cfr. K. Löwith (sotto lo pseudonimo di Hugo Fiala) *Politischer Dezisionismus*, 1935 (trad. it. in K. Löwith, *Critica dell'esistenza storica*, Napoli 1967, pp. 113 ss.). Si coglie l'occasione per ricordare il bel saggio di G. Sasso, *Leo Naphta e Ugo Fiala*, in « Nord e Sud », XXII, n. 1, 1974-75, che sviluppa una spiegazione-ricostruzione del retroterra culturale del *lapsus* di Delio Cantimori che nella *Introduzione* premessa alla ristampa del 1962 della *Crisi della civiltà* di Johan Huizinga, scambiò lo pseudonimo del Löwith con il Naphta della *Montagna incantata* di Thomas Mann.

[4] Negli anni Venti ci fu una vera e propria *Souveränitätsdebatte* che vide contrapposti H. Kelsen secondo il quale « il concetto di sovranità dev'essere radicalmente eliminato » (cfr. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen 1928²) e Carl Schmitt che nella sua *Teologia politica* (1922) giudicò questa posizione di Kelsen come « antica negazione liberale dello Stato nei confronti del diritto e dell'ignoranza del problema autonomo della realizzazione del diritto ». Cfr. Carl Schmitt, *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, Bologna 1971, p. 47. Una posizione intermedia fu assunta, almeno in quegli anni, da Hermann Heller, in particolare si vedano: *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin und Leipzig 1927 (in particolare pp. 62-9 e 106 e 174) e *Die Krisis der Staatslehre*, in « Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik », Bd. 55 (1926), dove parla di « glänzende Kritik des kelsenschen Souveränitätsbegriffs bei Carl Schmitt » (riferendosi al saggio di Schmitt pubblicato nella *Erinnerungsgabe* für Max Weber, vol. II, pp. 13 ss., München-Leipzig 1923), « che intende il problema della sovranità come problema della forma del diritto e della decisione e individua molto bene la *radix malorum* della dottrina kelseniana nella sua totale spersonalizzazione (*Entpersonalisierung*) », p. 308. Su questo anche K. Sontheimer, *Politische Wissenschaft und Staatslehre*, Freiburg im Breisgau 1963.

[5] Cfr. C. Schmitt, *Vorwort* a *Die Verfassungslehre*, Berlin 1970 (ma si tratta del *Nachdruck* dell'edizione del 1928): « È necessario però inoltre impegnarsi anche nella costruzione sistematica di una teoria della Costituzione e trattare il campo della dottrina costituzionale come un settore specifico della dottrina del diritto pubblico » (p. IX). Per la centralità del concetto di Costituzione in Schmitt e in questo senso del suo superamento di Weber, cfr. P. Schiera, *Dalla Costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt*, in AAVV, *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, a cura di G. Duso, Venezia 1981, e P. Schiera, *Max Weber e Otto Hintze: Storia e sociologia o dottrina della Ragion di Stato?*, in AAVV, *Weber e la razionalità politica*, a cura di G. Duso, Venezia 1980. Tra le tante obiezioni critiche a Schmitt su questo punto, di particolare interesse quelle svolte da M. Kraft-Fuchs, *Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre*, in « Zeitschrift des öffentlichen Rechts », vol. 9, 1930, pp. 511-41.

[6] Per la storia delle vicende del gruppo dei giuristi e politologi socialdemocratici attivi nella Berlino della fine degli anni Venti, si vedano i riferimenti contenuti in O. Kirchheimer, *Introduzione* a H. Sinzheimer e E. Fraenkel,

ad emigrare: in tal modo la scienza politica tedesca di ispirazione marxista fu posta al confronto con quella realtà americana cosí inafferrabile con le categorie della ragione classica europea.

Ecco perché la biografia intellettuale di Otto Kirchheimer si presenta come uno dei momenti piú rilevanti di quello che è stato definito « un affascinante capitolo della cultura politica tedesca » ancora tutto da scrivere [7] e come uno dei contributi piú decisivi alla definizione dei temi centrali della moderna ricerca politologica.

Nel saggio che, nel secondo dopoguerra, lo ha reso famoso Otto Kirchheimer esamina le nuove ' qualità ' del partito politico, sintetizzandole con il termine efficace e fortunato di « partito pigliatutto »:

Dopo la seconda guerra mondiale il partito borghese vecchio stile, di

« Die Justiz » in der Weimarer Republik. Eine Chronik (a cura di T. Ramm), Neuwied/Berlin 1968.

O. Kahn-Freund, *Autobiographische Erinnerungen an die Weimarer Republik. Ein Gespräch mit Wolfgang Luthardt*, in « Kritische Justiz », Heft 2, 1981: « Ho riflettuto quando io abbia in realtà conosciuto Ernst Fraenkel. È probabile che lo conoscessi già a Francoforte dove entrambi studiavamo. Ma non bene. Decisivo per il nostro incontro fu il periodo di studio in comune a Heidelberg e questo cioè nel semestre estivo del 1919. Diventammo amici. Egli mi fece una forte impressione. Infatti non solo era piú anziano di me di due anni ma, cosa che era decisiva, aveva fatto la guerra veramente. Franz Neumann, che non ho mai conosciuto cosí bene come Fraenkel, lo incontrai anche a Francoforte. Anche egli era un allievo di Sinzheimer, fu suo assistente per un certo periodo e apparteneva alla stessa cerchia di persone. Invece Otto Kirchheimer non ebbe nulla a che fare con questo circolo, anche perché era piú giovane. Probabilmente debbo averlo conosciuto solo a Berlino alla fine degli anni Venti [...] I miei contatti con l'ala sinistra del partito praticamente non esistevano. Personalmente non ho mai considerato di farvi parte. Avevo abbastanza chiaro che nel partito stavo molto piú a destra di Fraenkel o di Neumann, ma non necessariamente di Suhr che essenzialmente attraverso lo Afa-Bund [il sindacato degli impiegati di orientamento socialdemocratico, *N.d.C.*], era legato ai sindacati. Il mio atteggiamento era piú distanziato e, al contrario di Fraenkel, meno impegnato tanto sul piano di una visione del mondo e di un atteggiamento ideologico marxista quanto soprattutto politicamente » (pp. 186 e 189). E infine E. Fraenkel, *Vorwort* a *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, cit. e, dello stesso autore: *Gedenkrede auf Franz L. Neumann*, in E. Fraenkel, *Pluralismus und Reformismus*, Hamburg 1973, pp. 168-79.

[7] Cfr. G. E. Rusconi, *La ' kollektive Demokratie ' di Fraenkel e il corporatismo contemporaneo*, in « Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni industriali », n. 8, II, 1980, p. 593. In questo contesto è necessario ricordare il contributo di questa rivista alla riscoperta dei giuslavoristi weimariani, mettendo a disposizione del lettore italiano scritti di Sinzheimer, Fraenkel e Kahn-Freund. Va inoltre segnalata l'acuta riflessione che su questi temi ha sviluppato Gaetano Vardaro. In particolare si veda il suo saggio *Il diritto del lavoro nel ' laboratorio Weimar '*, che introduce l'edizione italiana della raccolta curata da Thilo Ramm.

rappresentanza individuale, diviene l'eccezione. In realtà alcuni esempi della specie continuano a sopravvivere, ma non determinano piú la natura del sistema politico. Allo stesso modo, il partito di integrazione di massa, prodotto di un'epoca in cui esistevano rigide divisioni di classe e strutture confessionali piú differenziate, si sta trasformando in un ' partito del popolo ' pigliatutto.

Il punto centrale di tale ipotesi interpretativa è la rilevazione della dinamica endogena ai sistemi politici ormai regolati dai principi del « gioco del mercato politico » rispetto al quale l'elettorato funge da clientela potenzialmente illimitata [8]. La diagnosi del *catch-all party* veniva cosí a segnalare una cesura radicale che smentiva l'ottimistica prognosi che, solo qualche anno prima, aveva portato Duverger a ribadire non solo la funzionalità ma la superiore ' modernità ' del partito di massa classico rispetto a quello clientelare ed elettorale americano considerato, secondo la classica lezione weberiana, un « dinosauro » [9]. La disincantata analisi kirchheimeriana fu generalmente e unanimemente recepita, divenendo per gli scienziati della politica acquisizione indiscussa, al limite del senso comune [10]. Ma stranamente nessuno sottolineò la valenza critica che

[8] O. Kirchheimer, *The Transformation of the Western European Party System*, in *Political Parties and Political Development* (a cura di L. La Palombara e M. Weiner), Princeton 1966, pp. 177-200) (trad. it. *La trasformazione dei sistemi partitici dell'Europa occidentale*, in *Sociologia dei partiti politici*, a cura di G. Sivini, Bologna 1971, p. 185). Il saggio riprende e sviluppa il concetto di ' carico ' formulato da La Palombara-Weiner, nella ipotesi di « usarlo come punto di partenza per un'analisi dei successi e degli insuccessi dei principali partiti politici europei come cinghie di trasmissione tra la popolazione in generale e la struttura di governo ».

Ma la ricerca sul ' mutamento di struttura ' del partito politico risale a oltre un decennio prima. Cfr. O. Kirchheimer, *Parteistruktur und Massendemokratie*, in « Archiv des öffentlichen Rechts », LXXIX, 1954, pp. 301-25 (trad. it. *Struttura di partito e democrazia di massa*, in *Il partito di massa: teoria e pratica*, a cura di S. Belligni, Milano 1975, pp. 111-22).

[9] Cfr. A. Pizzorno, *I soggetti del pluralismo*, p. 29, Bologna 1980. Ovvio il riferimento all'analisi del partito politico sviluppata da Max Weber in *Economia e società*, vol. II, Milano 1974, pp. 709 ss. Sulla fondamentale influenza del pensiero weberiano sulla *ratio* socialista cfr. le acute notazioni di M. Cacciari, *Max Weber e la critica della ragione socialista*, in Max Weber, *Sul socialismo reale*, Roma 1979, pp. 89-90. La storia e la aporie del ' pregiudizio ' circa il carattere di massa del partito politico che « o è tale o non è », sono con precisione ricostruite da M. Fedele in *La deriva del potere*, Bari 1981, pp. 9-12 con particolare riferimento all'opera di Kirchheimer e a quella di Duverger.

[10] Una critica ricostruzione del dibattito sulla ' natura ' del partito politico e delle sue possibili *chances* in una società complessa è di recente stata formulata da L. Paggi, *Paradigmi di analisi della crisi dei partiti*, in AAVV, *Il partito politico*, Bari 1981, pp 29-69.

era implicita a tale analisi: estrapolata dal contesto complessivo della riflessione dell'autore, dalla sua storia intellettuale, e letteralmente sradicata dal suo quadro di riferimento culturale e di ' valore ' che continuava ad essere quello classico mitteleuropeo (non a caso il *focus* dell'indagine era centrato essenzialmente sull'esperienza della socialdemocrazia austro-tedesca) l'ipotesi kirchheimeriana di lettura delle modificazioni dei sistemi politici di tardo capitalismo subí un processo di *neutralizzazione*, di vera e propria *spoliticizzazione*. Quella che, sia pure nel linguaggio implicito e certo non enfatico, era una constatazione critico pessimistica, si ridusse, o almeno cosí venne generalmente classificata, a mera rilevazione descrittiva del *trend* evolutivo di modernizzazione dei sistemi politici. E si tralasciò di rilevare che in essa trovava espressione una intenzione valutativa di un autore formatosi lavorando e riflettendo nel e sul partito di massa classico per eccellenza: la socialdemocrazia tedesca nell'età di Weimar. E, d'altra parte, certo non immemore del proprio passato politico o delle esperienze fatte negli anni Trenta e Quaranta collaborando con l'Istitut für Sozialforschung di Adorno e Horkheimer [11]. Non a caso l'analisi delle trasformazioni delle funzioni e del ruolo del partito di massa, si accompagnava in Kirchheimer con la parallela riflessione sulla ' omogeneizzazione ' dei sistemi politici e la scomparsa della opposizione: la fine del partito di massa *classico* segnalava, secondo Kirchheimer, anche quella della *opposizione di principio*.

Risulta in tal modo evidente che, nei confronti delle conclusioni alle quali nel saggio del 1957 Kirchheimer era pervenuto, venne operata da gran parte della politologia ufficiale una vera e propria rimozione, evitando accuratamente di sottolineare la portata assiologica della rilevazione critico-pessimistica circa le conseguenze negative che la decadenza del partito di massa classico e delle sue forme di integrazione comportava:

lo strumento, il partito pigliatutto, non può essere molto piú razionale del suo nominale padrone, il singolo elettore. Non piú soggetti alla di-

[11] Kirchheimer sin dal 1934 fu associato alla sede parigina dell'Institut e nel 1938 pubblicò con G. Rusche, *Pena e struttura sociale* (trad. it., Bologna 1978). Vale forse la pena ricordare che questa indagine, come sottolinea Horkheimer nella sua presentazione del giugno 1938, « è la prima della nuova serie americana » delle pubblicazioni curate dalla « Zeitschrift für Sozialforschung ». A Rusche si debbono i capitoli II-VIII, mentre Kirchheimer, cui toccò l'incarico di revisionare il manoscritto, vi aggiunse l'introduzione e i capitoli finali (IX-XIII) Nell'introduzione all'edizione italiana Dario Melossi ricostruisce le vicende travagliate e sotto certi aspetti tragiche legate a questa ricerca, fornisce utili indicazioni sulle vicende biografiche dei due autori e mette in luce i limiti dell'impostazione complessiva.

sciplina del partito di integrazione — o, come negli Stati Uniti, mai soggetti di questa disciplina — gli elettori possono, con i loro mutevoli timori e con la loro apatia, trasformare il sensibile strumento del partito pigliatutto in qualcosa di troppo vago per servire da collegamento coi detentori funzionali del potere della società. Possiamo cosí arrivare a *rimpiangere la scomparsa per quanto inevitabile*, del partito di massa classista e del partito confessionale cosí come rimpiangiamo la scomparsa di altri elementi caratteristici della vecchia società. [12]

Si tratta, come è evidente, di una situazione aporetica nella quale l'impossibilità del passato non si risolve in Kirchheimer in apologia del presente [13].

Una conferma di questo atteggiamento critico ci viene offerto direttamente dall'autore nei suoi riferimenti autobiografici: nella *Vorbemerkung*, infatti, che egli premise alla edizione della prima antologia tedesca dei suoi scritti, Kirchheimer, dopo aver tratteggiato il rischio intellettuale che ogni « produttore di analisi politiche » inevitabilmente corre, sottolinea che il politologo « non può aspettare che sia pronto il necrologio. Fa parte del suo mestiere decifrare sistemi di governo pienamente funzionanti, farne la diagnosi o nel proprio spirito sostituirli con dei migliori »; e ribadisce, anche se nel segno di una crescente riservatezza, l'ideale continuità degli scopi della sua ricerca:

l'impegno critico non deve in alcun modo porre in ombra la continuità della definizione del fine, la creazione di condizioni sociali degne di un uomo e dotate di senso [*menschenwürdige und sinnvolle gesellschaftliche Zustände*], che salta evidente agli occhi del lettore, perfino nella forma maggiormente accademica degli scritti piú tardi. [14]

Del resto altrettanto esplicito era stato Kirchheimer in uno scritto precedente [15] nel sottolineare polemicamente le tendenze involutive che, nel dopoguerra, caratterizzavano i sistemi politici:

[12] O. Kirchheimer, *Politik und Verfassung*, Frankfurt 1964.

[13] Cfr. il contributo di Kirchheimer a H. Kesten (a cura di), *Ich lebe nicht in der Bundesrepublik*, München 1964, pp. 85-91. Su questo si veda inoltre il *Nachruf* scritto da H. Ridder nel quale si sottolinea l'appassionata « volontà di Stato di diritto » che avrebbe animato la ricerca di Kirchheimer, cfr. H. Ridder in « NPL », XIII (1968), p. 301.

[14] Kirchheimer, *La trasformazione* cit., pp. 200-1.

[15] « Kirchheimer was no romantic. [...] Kirchheimer welcomed the wholesome effect of those changes but deplored the price to be paid for them. He never ceased to look back ruefully to a more idealistic and heroic past ». Cfr. John H. Herz e E. Hula, allievi di Kirchheimer e autori dell'introduzione che precede l'antologia in lingua inglese da essi curata: *An Introduction to his Life and Work*, in *Politics, Law and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer*, edited by F. S. Burin e K. L. Shell, New York and London 1969.

inoltre di fronte all'apparato statale come oggetto di curiosità critica, negli ultimi anni stanno sempre meno fastidiosi sorveglianti. L'opposizione politica [...] si è degradata ad appendice del potere statale ufficiale. I motivi possono essere molteplici [...]. Chiare sono in ogni caso le conseguenze: l'opposizione parlamentare diviene sempre piú una vuota cerimonia.

Si presenta dunque come vero problema di definizione teorica quello di rintracciare il nesso teorico tra questo aspetto della riflessione kirchheimeriana e la prima fase della sua ricerca.

Solo assai di recente, nel piú generale contesto della ripresa di interesse per la storia e la cultura di Weimar [16] libera dai tradizionali canoni interpretativi che erano stati ipotecati dalla *Totalitarismustheorie* da un lato e da un marxismo irrimediabilmente prigioniero della ortodossia dall'altro e del riaccendersi del dibattito sul valore paradigmatico, nella rottura-svolta degli anni Trenta, rappresentato dall'esperienza della prima Repubblica tedesca, si è delineata una focalizzazione dell'interesse critico sul contributo specifico di Kirchheimer alla *Verfassungsdebatte* weimariana [17] e alla tematizzazione delle trasformazioni strutturali del *compromesso politico*, sviluppate anche come possibile paradigma di lettura del fenomeno nazionalsocialista [18].

[16] Ci riferiamo in particolare a quelli che, sia pure in campi diversi, hanno dato E. Collotti, G. E. Rusconi, G. Marramao, M. Cacciari, F. Masini e R. Racinaro.

[17] Bisogna però notare che quasi tutti i riferimenti italiani agli scritti weimariani di Kirchheimer si limitano a fare spesso un generico richiamo al saggio del 1930 *Weimar — e poi?* e in particolare alla sua tesi centrale secondo la quale le debolezze strutturali della *Verfassung* di Weimar andrebbero individuate nel suo carattere 'compromissorio' che la condanna alla impotenza di una « Costituzione senza decisione ». Questa lettura 'decisionistica' della crisi di Weimar di matrice schmittiana ci sembra altamente discutibile e in ultima istanza improduttiva perché solo in apparenza disincantata ma in realtà nostalgico-reazionaria. Inoltre nell'ambito della ripresa di interesse per l'opera di Carl Schmitt, il termine 'decisionismo' corre il rischio di perdere i connotati specifici che esso aveva nel dibattito weimariano. Del resto non è forse vero che si può dire che qualsiasi atto politico contiene un ineliminabile *quantum* di decisionismo non potendosi mai la logica dell'agire politico completamente 'risolvere' in una 'discorsività razionale' che non avrebbe mai fine? Su questo cfr. H. Lübbe, *Dezisionismus - eine kompromittierte politische Theorie,* in « Schweizer Monatshefte », Heft 12, 1976; e piú di recente G. E. Rusconi, dattiloscritto inedito.

[18] Cfr. i due saggi di Kirchheimer apparsi nell'ultima annata dell'edizione in lingua inglese della « Zeitschrift für Sozialforschung »; sono il suo contributo alla discussione che nel 1941 ebbe luogo nell'ambito dell'Institut e che di recente G. Marramao ha raccolto nell'antologia *Tecnologia e potere nelle società post-liberali,* Napoli 1981, contenente anche gli interventi di A. R. L. Gurland, F. Pollock e H. Marcuse. Sulla portata e il significato di quella discussione alla

C'è un passo del saggio del 1944 intitolato significativamente *In Quest of Sovereignty*[19] che è propriamente il ' doppio ' di quello del 1930 e segna una tappa fondamentale nell'iter teorico kirchheimeriano, di straordinario valore rivelatore: dopo aver polemizzato con le teorie pluraliste che non lasciano passare 10 o 15 anni senza proclamare la morte dello Stato (ad iniziare, come è noto, fu nel 1916 Laski), Kirchheimer, nel paragrafo finale che dà il titolo a tutto lo scritto, torna a discutere la tesi centrale dell'opera di Carl Schmitt:

Il suo ' decisionismo ' aveva già nel 1922[20] perso la speranza di individuare un soggetto stabile della sovranità ritenuto capace e in grado di equilibrare gli interessi e i desideri di diversi gruppi e partiti. Per questo egli si volse ad attribuire la sovranità a quelle persone o gruppi che in circostanze eccezionali si mostrassero in grado di esercitare il dominio politico. Lo stesso Schmitt sottolineò che il suo concetto di

quale, nell'anno successivo, fece seguito l'uscita di Neumann e Kirchheimer dall'Institut, si veda in particolare l'introduzione che Marramao ha premesso a quest'antologia come pure quella alla raccolta di scritti di F. Pollock, *Teoria e prassi dell'economia di piano. Antologia degli scritti 1928-41*, Bari 1973. Per una ricostruzione piú complessiva della vicenda dell'Institut, cfr. M. Jay, *L'immaginazione dialettica*, Torino 1978, e A. Sölener, *Geschichte und Herrschaft*, Frankfurt a.M. 1979, in particolare pp. 86-162.

Meriterebbe un approfondimento il confronto tra le diverse tesi interpretative del nazionalsocialismo proposte da Kirchheimer, Neumann e Fraenkel. In particolare ancora manca un esame delle differenze tra l'ipotesi fraenkeliana del nazismo come ' doppio Stato ' (*Massnahmestaat und Normenstaat*), cfr. *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New York 1941 (ma l'*Entwurf* risale al 1937), e quella neumanniana del ' Non-Stato ' sostenuta nel *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, trad. it.: Milano 1977.

Le posizioni di Kirchheimer non sono molto lontane da quelle di Neumann anche se si differenziano decisamente su un punto: diversamente da Neumann egli delineò il ruolo del *Führer* come quello di un arbitro tra gruppi in lotta. Cosa possibile solo sulla base di un programma ' integrante ' che doveva necessariamente far perno su una politica di espansione imperialistica. « Torna alla ribalta l'antico problema: com'è possibile ridurre a comune denominatore l'interesse dei diversi ' compagni di compromesso ' e cioè i monopoli, l'esercito, l'industria e l'agricoltura, oltre gli strati diversificati della burocrazia di partito? [...] La decisione suprema del gruppo del *Führer* viene quindi accettata tanto piú facilmente quanto piú assume la forma e la funzione di una garanzia permanente dell'ordine imperialista. Ed è questa interdipendenza tra l'indiscutibile autorità del gruppo dirigente e il programma di espansione che propone il caratteristico fenomeno della struttura di compromesso dell'ordinamento fascista. » Cfr. Kirchheimer, *Mutamenti* cit., pp. 135-6. Si veda inoltre Kirchheimer in F. Neumann, *An Appreciation*, in « Dissent », IV, 1957, pp. 382 ss.

[19] Cfr. Kirchheimer, *Politics* cit., pp. 160-93.

[20] Il riferimento è a *Die Diktatur*, München 1921 (trad. it. Bari 1975, con l'introduzione di F. Valentini) e alla *Politische Theologie* (München 1922) (trad. it. cit.).

sovranità è strutturalmente imparentato col concetto teologico di miracolo[21] — cosa che rende fortemente problematico il suo soggetto della sovranità. Condizioni d'eccezione, in questo simile ai miracoli, possono presentarsi in numero illimitato. Ma per poterle diagnosticare e riconoscere come tali, c'è bisogno di criteri stabili.

E dopo aver richiamato un celebre passo di Pascal per chiarire il suo ragionamento (« il y a des miracles qui sont des preuves certaines de vérité. Il faut une marque pur le connaître autrement ils seraint inutiles ») Kirchheimer conclude, rovesciando specularmente la posizione schmittiana:

stati di emergenza e miracoli sono eccezioni rispetto a regole che *normalmente* vigono. I loro lineamenti sono *determinati* dalle regole della *normalità* che li confermano come eccezioni. Teorie dello stato di emergenza, provano solamente che la società ha raggiunto uno stadio in cui *l'equilibrio* tra le diverse potenze sociali è estremamente instabile; non c'è piú meccanismo automatico di coordinamento che è in grado di imporre una ' decisione definitiva '.[22]

[21] « Lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia. [...] Infatti l'idea del moderno stato di diritto si realizza con il deismo, con una teologia e una metafisica che esclude il miracolo dal mondo e che elimina la violazione delle leggi di natura », ivi, p. 61. Inoltre cfr. D. Cantimori, *La politica di Carl Schmitt*, in « Studi germanici », anno I, n. 3, 1935: « Splendidamente era riuscito allo Schmitt lo sforzo di trasportare nel mondo della cultura moderna, giuridica e politica nella fattispecie, le esigenze pratiche, quando queste si aggiravano per lui ancora nell'ambito della Chiesa Cattolica » (p. 473).

Sulla rinascita dell'ontologia nel pensiero giuridico weimariano cfr. C. Roehrssen, *Il ritorno dell'ontologia nel costituzionalismo di Weimar*, in « Materiali per una Storia della Cultura giuridica », vol. IX, n. 2, 1973; Id., *Le critiche della destra weimariana a Kelsen. Risvolti culturali del contrastato ingresso del mondo borghese nell'ambito culturale tedesco*, ivi, vol. X, n. 2, 1980.

Significative anche sul piano metodologico due affermazioni di Schmitt: « Che Kelsen, appena procede d'un passo oltre la sua critica metodologica, operi con un concetto di causa tipico delle scienze naturali, appare nel modo piú chiaro dal fatto che egli crede che la critica di Hume e di Kant al concetto di sostanza possa essere trasferita alla dottrina dello Stato » (*Teologia politica*, cit., p. 65). Egli ricorre addirittura all'argomento ontologico classico: Dio come lo Stato « diventa come ha detto Hamann contro Kant, un concetto e cessa di essere un essere » (*Il concetto di politico*, cit., p. 177). Inoltre cfr. R. Racinaro, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, introduzione a H. Kelsen, *Socialismo e Stato*, Bari 1978, in particolare pp. XI-XXXII.

[22] Kirchheimer, *In Quest of Sovereignty*, in *Politics* cit., p. 191. Di qui anche l'inattualità di Schmitt. Cfr. C. Donolo e F. Fichera, *Il governo debole. Forme e lineamenti della razionalità politica*, Bari 1981, pp. 52-3: « Nelle società di capitalismo sviluppato a democrazia concorrenziale, casi estremi non ne esistono se non sulla carta [...] », scompare o diventa impossibile « la premessa di una autorità decisionale legittimata e capace di sanzioni ». Non molto diver-

Sia pure con una curvatura diversa, proprio nel momento in cui si apprestava a iniziare una nuova fase della sua ricerca, Kirchheimer ripropone i temi che erano stati, quasi un quindicennio prima, il centro dei suoi lavori dedicati alla Costituzione weimariana: norma ed eccezione, costituzione policratica della società e dissoluzione della sovranità ontologicamente definita, pluralizzazione dei centri di potere e crisi dello Stato di diritto [23].

Ovviamente l'impianto analitico kirchheimeriano ha conosciuto al suo interno rilevanti slittamenti di prospettiva già durante la stessa esperienza degli anni di Weimar, che proprio per questo non si lascia completamente sintetizzare solo come « a peculiar amalgamation of Schmittism and Marxism » [24], e poi, in misura certo maggiore durante e dopo gli anni dell'esilio. In questo senso ebbe un ruolo centrale l'adesione e la collaborazione all'Institut di Adorno e Horkheimer. Come è noto Kirchheimer ne uscí insieme a Neumann nel 1942 non condividendo piú le scelte di ricerca impostate (e anche imposte) da Adorno, Marcuse e Horkheimer. È probabile che la dura polemica sulla ' natura ' del nazismo sia stata la causa scatenante di un dissidio che in latenza già esisteva:

> si può dire che l'Istituto aveva nelle sue analisi due tipi fondamentali di approccio al nazismo. Uno, legato a Neumann, Gurland e Kirchheimer, era incentrato sulle trasformazioni avvenute nelle istituzioni giuridiche, politiche ed economiche, e mostrava scarso interesse per la psicologia sociale e la cultura di massa. [25]

samente si esprime N. Luhmann: « Invero la teoria di Carl Schmitt non mi convince. Infatti penso che una buona politica è invece quella che è in grado di unire il massimo di capacità di realizzazioni con il minimo di creazione di nemici. [...] Quanto allo stato di eccezione credo che il vero sovrano è quello che è in grado di impedire che ad esso si giunga: quando, infatti, si è costretti a governare in condizioni di emergenza, si è già, almeno come politici perduto », cfr. *L'inflazione del potere*, in A. Bolaffi, *La democrazia in discussione*, Bari 1980, p. 112.

[23] Cfr. Ch. S. Maier, *La rifondazione dell'Europa borghese*, Bari 1979, p. 29: « In ogni caso ' corporatismo ' significa crescita del potere privato e tramonto della sovranità ». Siamo di fronte a una vera e propria « parcellizzazione della sovranità » le cui conseguenze sfuggono tanto agli autori di orientamento marxista quanto anche a coloro che, come Carl Schmitt, pur correttamente avevano individuato nella forma ' policratica ' la costituzione materiale dello Stato totale (quantitativo) e pluralista.

[24] Herz e Hula, *An Introduction*, cit., p. x.

[25] Cfr. Jay, *L'immaginazione dialettica*, cit., p. 255. Schematica è, invece, l'asserzione di Jay (p. 184) secondo la quale: « Anche quando nell'Istituto entrarono studiosi di scienze politiche come Franz Neumann e Otto Kirchheimer, c'era una scarsa tendenza a sviluppare una teoria politica autonoma. Infatti, solo dopo aver lasciato l'Institut Neumann e Kirchheimer svilupparono una certa sensibilità per la ' preminenza della politica ' nel secolo XX. Fino a quel momento essi condividevano con gli altri membri dell'Istitut quella

Tuttavia risulta evidente una straordinaria continuità dell'*oggetto* sottoposto a investigazione (« la relazione tra azione politica e le strutture della società tema fondamentale del suo *Weimar - und was dann?*, è lo stesso tema del suo ultimo saggio ») e dell'impegno critico:

infatti [...] le linee di pensiero e i postulati del giovane Kirchheimer ritornano in questa ultima ricerca critica sul mutamento di natura del partito politico e sul suo tratto caratteristico, la de-ideologizzazione.[26]

Ciò conferma il nostro assunto iniziale, l'ipotesi cioè che sia possibile cercare di interpretare l'opera di Kirchheimer dall'angolatura specifica del problema della sovranità e di come essa si coniughi o possa declinarsi con quello della trasformazione sociale che di per sé produce crisi delle forme del politico e degli equilibri costituzionali. Questo sintetizza, al tempo stesso, la profonda attualità dell'opera di Kirchheimer e la *Urfrage* che è sottesa a tutta la sua ricerca [27].

svalutazione della sfera politica che aveva sempre caratterizzato tutto il pensiero del secolo XIX da Marx agli economisti classici ». In particolare Jay adduce come prova un'affermazione di Neumann secondo la quale: « La teoria marxista soffre di un equivoco: la confusione tra l'analisi sociologica e la teoria dell'azione politica » (cfr. F. Neumann, *Economia e politica nel ventesimo secolo*, in Id., *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario* (a cura di N. Matteucci), Bologna 1973, p. 303), e uno scritto di Kirchheimer del 1965 dal significativo titolo *Confining Conditions and Revolutionary Breakthroughs*, apparso in « American Political Science Review », LIX, 1965, pp. 964-74 (ora in Kirchheimer, *Politics* cit., pp. 385-407).

[26] Herz e Hula, *An Introduction*, cit., p. XI si riferiscono a *Confining Conditions* cit.

[27] La vicenda della recezione dell'opera di Kirchheimer nell'ambito della ripresa del pensiero critico tedesco-occidentale si rivela di particolare interesse. A differenza di Fraenkel e di Gurland, e in parte anche di Neumann, Kirchheimer, che inutilmente tentò nel dopoguerra di ottenere una cattedra in una università tedesca (cfr. il necrologio di H. Ehmke in « Archiv für öffentliches Recht », vol. 91) non ebbe un ruolo diretto nella rinascita della politologia tedesco-federale che portò alla fondazione dello Otto Suhr-Institut della Freie Universität di Berlino in ideale continuità con la *Hochschule für Politik* berlinese degli anni Venti (per una minuziosa ricostruzione di questa vicenda si veda H. Kastendieck, *Die Entwicklung der westdeutschen Politikwissenschaft*, Frankfurt/New York 1977).

Gli scritti di Kirchheimer del periodo weimariano vennero coinvolti, come anche quelli di Fraenkel, in una discutibile *Reformismuskritik* e nella polemica contro le posizioni socialdemocratiche. Paradigmatico è il caso del saggio di Ch. Neusüss e W. Müller, *Die Sozialstaatsillusion und der Widerspruch von Lohnarbeit und Kapital*, in « Prokla », 1, Sonderheft 1972, che fa di Kirchheimer, prendendo in particolare a riferimento diretto la distinzione da lui operata nel saggio del 1930 *Weimar - e poi?* tra *Direktionssphäre* e *Verteilungssphäre*, un precorritore delle posizioni della SPD del dopoguerra. Solo a par-

Probabilmente questo centro tematico è risultato di particolare, difficile individuazione, celato com'è dalla forma assolutamente asistematica della produzione intellettuale kirchheimeriana: egli non fu mai *a systematic thinker*, anche in ciò profondamente segnato dalla lezione schmittiana. Come il suo antico maestro, Kirchheimer conservò sempre uno straordinario interesse e una straordinaria sensibilità per i fenomeni nuovi, per le trasformazioni che cominciano a delinearsi nell'orizzonte dei sistemi politici: affrontando il rischio, forse inevitabile, di esporsi alla unilateralità e alla frammentarietà. Non è forse un caso che egli non abbia mai elaborato né scritto un'opera in sé, anche letterariamente, conclusa [28].

2. *Il paradigma dell'equilibrio delle forze di classe in lotta e la critica schmittiana dello Stato pluralista*

C'è un passo del saggio schmittiano del 1931 intitolato *Der Hüter der Verfassung* [29] che offre la chiave di lettura dei primi scritti di

tire dalla metà degli anni Settanta si è lentamente fatto strada un giudizio piú equilibrato. Per quanto riguarda invece gli scritti post-bellici di Kirchheimer, in particolare quelli dedicati alle trasformazioni dei sistemi politici e del partito politico e alla 'scomparsa dell'opposizione' (*Waning of Opposition* o anche *Majorities and Minorities in Western European Governements*) si faccia ad essi esplicitamente riferimento o meno, sono il punto di riferimento essenziale, la vera fondazione teorica della critica 'radicale' al *Modell-Spd* e, in particolare, della svolta di Bad Godesberg, sotto molti aspetti divergente da quella piú ortodossa di parte marxista sviluppata da Wolfgang Abendroth. Per le influenze sulla politologia tedesco-federale di Kirchheimer in particolare si veda l'elaborazione di Wolf-Dieter Narr.

[28] Anche l'*opus magnum* di O. Kirchheimer, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton (New Jersey) 1961, le cui tesi essenziali erano già state esposte da Kirchheimer nel 1955 nella *Festschrift Sociologica: Aufsätze, Max Horkheimer zum 60. Geburtstag gewidmet*, Frankfurt 1955, non ha alcun carattere sistematico ed è costituito da una serie di saggi e di analisi specifiche. Di quest'opera esiste una traduzione tedesca (Neuwied/Berlin 1965), curata da Arkadij Gurland e preceduta da una importante presentazione dello stesso Kirchheimer nella quale egli illustra riassuntivamente il senso della ricerca. Ovviamente il termine 'justice', 'Justiz' non è inteso nel senso latino di *iustitia* al quale in tedesco corrisponde quello di *Gerechtigkeit* ma nel senso dell'amministrazione del diritto o dei diritti da parte dello Stato. Per quanto qui interessa si veda in particolare il cap. IV (*Costrizione legale contro organizzazioni politiche*) che tra l'altro contiene interessanti riferimenti allo sviluppo politico dell'Italia del secondo dopoguerra.

[29] C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin 1969[2] (trad. it. Milano 1981), al quale rispose H. Kelsen, *Wer soll der Hüter Verfassung sein?*, in «Die Justiz», Bd. 6 (1931), pp. 5-56. Cfr. Racinaro, *Hans Kelsen e il dibattito* cit., in particolare, pp. CXVI-CXXII, che sembra però sottovalutare la consistenza anche metodologica delle critiche di Kelsen.

Kirchheimer e in particolare del suo problematico tentativo di sintesi delle posizioni antinormativiste di Schmitt con quelle marxiste cosí come erano state declinate dall'austro-marxismo e da Otto Bauer in particolare.

Poche pagine prima di arrivare a definire « il fondamento democratico della posizione del Reichspräsident », Schmitt esamina la natura e la teoria del *pouvoir neutre* (*neutrale Gewalt*) nello Stato partitico pluralistico [30]. E dopo aver ricordato che per la concezione liberale il legislativo è l'immagine riflessa « della pluralità dei complessi sociali di potere organizzati » [31], in questo un vero e proprio « specchio del paese », sottopone tale realtà, come pure l'ideologia che l'esprime, a una critica serrata. Se lo Stato non fosse null'altro che questo sistema policratico [32] esso non sarebbe nient'altro se non « un permanente compromesso, la sua Costituzione sarebbe un contratto dei complessi sociali di potere che formano il sistema pluralistico e si baserebbe sul principio *pacta sunt servanda* ». In tal modo la Costituzione risulterebbe prigioniera dei *partners* sociali che potrebbero sempre decidere di cambiare questo contratto *costituzionale* esattamente come l'hanno concluso. Essi « si contrapporrebbero reciprocamente come autonome entità politiche ». E ciò che rimarrebbe dell'unità statale sarebbe solo « il risultato di una alleanza stretta, come ogni alleanza o contratto, sotto riserva esistenziale ». Ma allora, conclude Schmitt, se « i decisivi raggruppamenti

[30] Sulla formazione di C. Schmitt e sul ruolo svolto dalla sua teoria costituzionale nell'età di Weimar si vedano in particolare: E. Fraenkel, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlichrechtsstaatlichen Demokratie*, München und Berlin 1964, in particolare pp. 15 ss.; Id., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart 1964, in cui si ricostruisce l'influenza su Schmitt di autori quali Cazalés e Prévost-Paradol; e infine E. R. Huber, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit bei Carl Schmitt*, in *Bewahrung und Wandlung*, Berlin 1975, pp. 18-36.

[31] R. Hilferding, *Probleme der Zeit*, in « Die Gesellschaft », I, 1924, p. 13: « Der Staat erscheint nicht mehr als fast die einzige bewusste gesellschaftliche Organisation der voneinander unabhängigen, vereinzelten Bürger, sondern diese sind jetzt in den Wirtschafts- und Interessenorganisationen zusammengefasst, nicht mehr staatsunmittelbar, sondern organisationshörig. Staatliche Rechtsform und reale Organisationsmacht stehen in Spannung gegeneinander Das Machtzentrum des Staates erscheint eingeschränkt und bedroht durch die wirtschaftliche Machtanhäufung. Das Problem der Demokratie ist neu gestellt ». Si veda anche E. Rinner, *Die Zukunft der Selbstverwaltung*, in « Die Gesellschaft », n. 8/VIII Jg, 1931, pp. 130-41.

[32] In realtà il termine ' policrazia ' era stato coniato da Johannes Popitz nel suo scritto, *Der Finanzausgleich und seine Bedeutung für die Finanzlage des Reiches, der Länder und der Gemeinde*, Berlin 1930. Per una analisi del ruolo svolto da Popitz e per un confronto delle sue tesi con quelle schmittiane si veda Lutz-Arwed Bentin, *Johannes Popitz und Carl Schmitt*, München 1972.

fossero definiti in relazione alla politica interna anziché a quella esterna [33], ciò sarebbe una *guerra civile* » [34].

Dunque, secondo l'analisi schmittiana, esiste un nesso strettissimo tra dissoluzione pluralistica dell'unità dello Stato (che è al tempo stesso suo divenire *totale* sia pure in senso meramente *quantitativo*) [35] e latenza del *Bürgerkrieg*: esattamente la conclusione opposta cui era pervenuta la ' metafisica ' liberale, esemplarmente rappresentata dalle *Considerations on Representative Government* di J. St. Mill. Mentre quest'ultima poteva, infatti, ancora credere che nella società sorgono sempre « per cosí dire spontaneamente, due partiti tra loro all'incirca eguali o coalizioni di partiti che reciprocamente si bilanciano » producendo una sorta di neutralizzazione reciproca (« gli interessi politici ed egoistici e le passioni si legano in tal modo reciprocamente e formano un *equilibrio* » [36]), Schmitt sostiene, al contrario, che tali ' potenze ' sociali tendono per un verso a coalizzarsi silenziosamente per occupare porzioni di sovranità statale, che è essenzialmente « monopolio della decisione sovrana » [37] e, per l'altro, inevitabilmente, ad entrare in un implacabile conflitto che ha per appunto quale oggetto e fine lo Stato ridotto a ' preda '. Ne discende l'evidente ingenuità e ineffettualità dell'ideologia liberale che sperava in un potere neutrale, appunto il *terzo neutrale*, che potesse imporsi contro gli interessi reciprocamente elidentisi, cosicché « lo spirito dell'oggettività e la previdenza, sarebbero in grado di far pendere il piatto della bilancia a favore del relativa-

[33] Sul primato nella relazione del ' Freund-Feind ', quale essenza della relazione politica, del momento interstatuale e della assoluta ' anormatività ' nei rapporti internazionali cfr. H. Kuhn, *Der Begriff des Politischen*, in « Kantstudien », vol. 38, 1933, pp. 111 ss.; Roehrssen, *op. cit.*; Luhmann, *op. cit.*, G. Poggi, *La vicenda dello Stato moderno*, Bologna 1978, pp. 24-40. Piú in generale sulla differenza tra *Verfassung* e ' regole ' dei rapporti internazionali si veda G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, in *Werke*, Bd. 7, Frankfurt a.M. 1970, §§ 321-30 e lo *Zusatz*.

[34] Schmitt, *Der Hüter* cit., p. 142; il corsivo è nostro

[35] Tipico esempio di uso ' polemico-occasionalistico ' di categorie cfr. C. Schmitt, *Staatsethik und pluralistischer Staat* (1930), *Die Wendung zum totalen Staat* (1931) e infine *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland* (1933), tutti compresi in *Positionen und Begriffe*, Hamburg 1940.

[36] Schmitt, *Der Hüter* cit., p. 142; il corsivo è nostro.

[37] La definizione schmittiana della sovranità si differenzia notevolmente da quella weberiana che si limitava ad attribuire al potere statale « il monopolio dell'uso legittimo della forza ». Il passo di Schmitt prosegue significativamente con la constatazione che « I rapporti dei partiti in Germania e quelli numerici dei diversi raggruppamenti di interessi sembrano complessivamente confermare l'immagine di un equilibrio tra i lavoratori e gli imprenditori, tra borghesi e socialisti, e, infine, nel Reich come nei Länder. [...] In tal modo i conflitti tra imprenditori e lavoratori possono diventare l'immagine tipica della struttura statale » (*ibid.*).

mente giusto e necessario, e di portare alla vittoria della ragione »[38]. Drastica è la critica di Schmitt: si tratta solo di un ennesimo esempio di quella tradizione liberale che culminò nel normativismo kelseniano e per la quale può valere a guisa di epigrafe la constatazione fatta da Anschütz di fronte al caso d'eccezione: « il diritto statale viene qui meno ».

Nel contesto di questa serrata argomentazione polemica Schmitt inserisce una sorprendente *aperçu* sulla *Staatstheorie* marxista e stabilisce un collegamento tra il ' relativismo ' kelseniano e le posizioni socialdemocratiche. Infatti dopo aver sottolineato che proprio la definizione kelseniana della democrazia, secondo la quale « l'essenza vera e propria [*eigentliches und wahres Wesen*] consisterebbe in un continuo compromesso tra maggioranza e minoranza »[39], constata che anche la « costruzione socialdemocratica dell'equilibrio oggi ha da tempo dimenticato i nessi sistematici e non ha piú nulla della ' particolare chiarezza ' di Mill » e rinvia alle fonti teoriche di tale « teoria dell'equilibrio ». Engels, ricorda sempre lo Schmitt, aveva indicato[40] « certo solo eccezionalmente » la possibilità di periodi nei quali i partiti in lotta si equilibrano. Otto Bauer ha « dopo il 1919 sviluppata la teoria della ' struttura sociale d'equilibrio ', teoria che da Otto Kirchheimer è stata elevata a rimarchevole costruzione teorica statual-costituzionale »[41].

L'ipotesi che è sottesa a questo primo lavoro di Kirchheimer a cui fa riferimento Schmitt è infatti quella di individuare nel « paradigma dell'equilibrio delle forze » la spiegazione del processo di *neutralizzazione* del *Rechtsstaat* e del suo impotente formalismo: in tal modo, però, tale paradigma si dilata fino ad assumere una portata epocale che grosso modo coincide con tutta l'età liberaldemocratica.

Come è noto la teoria dello « stato di equilibrio » delle forze di classe, particolarmente nello sviluppo che conobbe nell'opera di Otto Bauer[42], assunse una duplice valenza: fu, insieme, il tenta-

[38] Ivi, p. 142.

[39] Ivi, p. 43.

[40] Cfr. F. Engels, *Origine della famiglia della proprietà e dello Stato*, Roma 1963, p. 202; Id., *Antidühring*, Roma 1968², p. 296.

[41] Schmitt si riferisce alla dissertazione di dottorato di Kirchheimer *Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus* che solo in parte è riprodotta nel saggio qui tradotto. Il testo originale è andato perduto. Su questa vicenda cfr. W. Luthardt, *Einleitung* a O. Kirchheimer, *Staatsgefüge und Recht des dritten Reiches*, in « Kritische Justiz », 1 Jg., 1976.

[42] Sull'opera e il pensiero di Otto Bauer si vedano in particolare: G. Marramao, *Austromarxismo e socialismo di sinistra fra le due guerre* che precede un'antologia di testi e documenti, Milano 1977; Id., *Tra bolscevismo e socialdemocrazia: Otto Bauer e la cultura politica dell'austromarxismo*, in *Storia*

tivo di spiegazione di quei fenomeni che (in particolare le trasformazioni dello Stato borghese) sembravano ' falsificare ' il paradigma contenuto nella lezione di Marx[43]; e, anche, la ridefinizione complessiva del nesso tra tattica e strategia nell'azione del movimento operaio: riclassificazione dunque delle sue categorie teoriche e pratiche. In particolare, sviluppando la sua argomentazione in risposta alle obiezioni di Kelsen, Bauer aveva puntato a mettere soprattutto in luce i due momenti che nell'esaminare il fenomeno dello « stato d'equilibrio » piú gli sembravano rilevanti: in primo luogo l'autonomizzazione ' relativa ' del momento statuale rispetto alla sua normale funzione di *résumé* del dominio di classe non doveva necessariamente, come in Marx ed Engels, coincidere solo con le fasi del « bonapartismo »[44], con quella particolare forma cioè, come egli la definí, di « dittatura sopra tutte le classi, perché la borghesia stessa ha piantato in asso la propria rappresentanza, ha rinunciato al proprio dominio di classe e si è gettata nelle braccia della forza ribellatasi al suo stesso potere statale, per salvare, in cambio della rinuncia al suo dominio politico, la proprietà minacciata dal proletariato »[45]. Infatti, ecco il secondo aspetto rilevante, si può storicamente stabilire una vera e propria situazione di ' patta ' tra le classi, che consente, nelle forme differenti del « governo di coalizione » o di sviluppo di una vera e propria « democrazia funzionale », un condominio reale delle classi sullo Stato. In ogni caso, cosí concludeva l'analisi baueriana, si tratta di un equilibrio provvisorio, caratterizzato da un'estrema instabilità: e poiché il processo economico stesso ridisloca sempre di nuovo i rapporti di potere tra le classi arriva inevitabilmente il momento in cui la condizione di equilibrio viene eliminata e resta, allora, solo la scelta tra la ricaduta nel dominio di classe della bor-

del marxismo, vol. III, 1, Torino 1980; e infine E. Collotti, *Introduzione* a O. Bauer, *Tra due guerre mondiali?*, Torino 1979.

[43] Nel saggio *Das Gleichgewicht der Klassenkräfte*, in « Der Kampf », XVII, 1924 e ora in H. J. Sandküler - R. de la Vega (a cura di), *Austromarxismus*, Frankfurt a.M. 1970, Bauer affronta anche le ' conseguenze ' metodologiche che lo sviluppo dell'analisi reale provoca rispetto alla lezione di Marx. Cfr. Marramao, *op. cit.*, pp. 283 ss.

[44] Sul ' bonapartismo ' quale chiave interpretativa del fascismo Bauer assunse due posizioni differenti. Mentre nel saggio citato del 1924 (p. 91) è del parere che « der italienische Faschismus von 1922 ist das Gegenstück des französischen Bonapartismus », dieci anni dopo (cfr. O. Bauer, *Demokratie und Sozialismus*, 1934, in « Der Kampf. Vereinigt mit der Tribüne », I, 1934, ora in *Austromarxismus* cit., pp. 99 ss.) esprime una opinione opposta: « Sind Bonapartismus und Faschismus einer ähnlichen Situation im Klassenkampf entsprungen, so sind sie doch nicht identisch ».

[45] Bauer, *Das Gleichgewicht* cit., p. 91.

ghesia e la riconquista del potere politico da parte del proletariato [46]. Esaminando poi il riflesso che tale situazione di equilibrio aveva sul piano istituzionale, Bauer aveva messo in luce come in esso trovasse spiegazione la crisi del parlamentarismo e la contemporanea parallela dilatazione delle competenze della sfera governativa: il controllo reciproco delle classi si risolveva dunque in una sorta di momentaneo 'gioco a somma zero' che però aveva per conseguenza una ridefinizione silenziosa degli equilibri di potere nello Stato. « La crisi generale del parlamentarismo tradizionale è una forma di espressione dell'equilibrio delle forze » [47].

La tesi di Kirchheimer si muove invece, al di là di alcune formali coincidenze, in una direzione diversa da quella di Bauer. La premessa dalla quale parte la sua analisi è, infatti, quella che individua la dissoluzione della sovranità in parallelo con la fine della 'democrazia del valore' (*Wertdemokratie*), che a sua volta è la causa della crisi del parlamentarismo e della nascita dello 'Stato di diritto' che viene a concidere con la 'neutralizzazione' del potere sovrano. Strumento originario di dominio dei ceti di *Bildung und Besitz* e di « pre-calcolabilità » [48], cioè della 'certezza del diritto', il *Rechtsstaat* è divenuto oggetto di contesa: campo di scontro, terreno di contraddizione. Questo spiega, allora, il processo di progressiva neutralizzazione da esso subito, mediante la sua dissoluzione in senso formalistico: « solo allora », commenta Kirchheimer, « inizia la vera epoca dello Stato di diritto ». *Verrechtlichung*, neutralizzazione e Stato di diritto si presentano cosí come i diversi momenti di uno stesso processo, lungo il quale tutti gli ambienti specifici « vengono accuratamente spinti nel limbo della non-decisione o meglio della non decisione di potere » (*Macht-Entscheidung*):

lo Stato vive nel diritto, però non v'è piú alcun diritto, bensí solo un meccanismo giuridico [...]: la specifica trasposizione degli oggetti dal campo del fattuale a quello del meccanismo giuridico è la caratteristica essenziale dello Stato nell'epoca dell'equilibrio della forza di classe. [49]

[46] Ivi, p. 96.
[47] Ivi, p. 91.
[48] Cfr. O. Kirchheimer, *infra*, e molto piú diffusamente F. L. Neumann, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna 1973. In questo saggio Neumann sottolinea il valore della certezza del diritto per il movimento operaio riportando una profetica anticipazione di Weber: « Inoltre non è affatto certo che le classi che oggigiorno godono solo di privilegi negativi, in particolare la classe lavoratrice, possano aspettarsi da una amministrazione informale della giustizia quei vantaggi che i giuristi presumono gliene deriverebbero ».
[49] Kirchheimer, *infra*, p. 7.

Una volta centro-soggetto (*Träger*) del potere sovrano, lo Stato in quanto formalismo giuridico nel quale si sublima (e si riflette) il *Gleichgewicht der Klassenkräfte*, si trasforma in una vuota macchina alla quale i gruppi sociali concedono di funzionare, per cosí dire, solo a patto che il suo ruolo sia a profilo basso: solo se i poteri di governo « fossero stati definiti il piú strettamente possibile, e al governo fosse affidato il meno possibile di potere decisionale, ma in compenso una gran quantità di funzioni, definite per legge, amministrative » [50].

Si pone allora il quesito: com'è, in queste circostanze, in generale possibile un governo? E chi decide a chi tocchi detenerlo? Non è difficile rendersi conto come tale posizione sia notevolmente distante sia dall'analisi e dalla critica che Marx aveva sviluppato della democrazia politica come « forma finalmente scoperta » della *natura di classe dello Stato e della funzionalità al dominio capitalistico della eguaglianza formale* ma anche dalla stessa tesi baueriana alla quale Kirchheimer ricorre per interpretare la ' dissoluzione in senso pluralistico ' dello Stato.

3. *Democrazia senza valore e crisi del parlamentarismo*

Il postulato da cui Kirchheimer prende le mosse e che è a monte della stessa analisi delle forme statuali è quello della identità tra democrazia o *Wertdemokratie* che viene contrapposta alla democrazia formale o astratta o meramente quantitativa: in questo egli si rifà tanto a Schmitt quanto a Max Adler e quindi, per un certo verso, anche indirettamente a Rousseau [51]. In un saggio del 1919

[50] Ivi, p. 6.

[51] Sul ruolo dell'opera di Rousseau nel pensiero di Schmitt cfr. E. Fraenkel, *Der Pluralismus als Strukturelement* cit.; W. Hill, *Gleichheit und Artgleichheit*, Berlin 1966, pp. 182 ss. e infine W. Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, Köln-Berlin 1968; « Di fatto i paralleli tra la critica della democrazia parlamentare fatta da Max Adler e quella di Carl Schmitt sono sorprendenti. Come Max Adler, Carl Schmitt rappresenta il funzionalismo sostenuto da una fede legalistica, come una dittatura mascherata: come Adler è favorevole ad una democrazia sostanziale » (p. 242). Non è qui possibile discutere piú approfonditamente l'interpretazione che Schmitt dà di Rousseau. E se non c'è dubbio che « Schmitt ricorre molto di frequente al pensiero di Rousseau, ma se ne serve tendenziosamente per appoggiare le proprie tesi sulla democrazia » (cfr. C. Roehrssen, *op. cit.*, p. 477) e che troppo disinvoltamente liquida come « una contraddizione » il momento contrattualistico che è alla base della costruzione del *Contrat Social*, come lo era del resto anche nel *Leviatano* (cfr. F. Toennies, *Th. Hobbes' Lebens und Lehre*, Stuttgart 1925 e N. Bobbio, *Da Hobbes a Marx*, Napoli 1965; e l'introduzione di T. Magri a Th. Hobbes, *De Cive*, Roma 1979) non c'è dubbio che nell'opera di Rousseau e del successivo sviluppo giacobino sono presenti innegabili tratti sintetico-

intitolato *Democrazia politica e democrazia sociale*, Max Adler, dopo aver introdotto la distinzione tra democrazia borghese e democrazia sociale, aveva delineato le caratteristiche di questa ultima, rifacendosi alla lezione del filosofo ginevrino:

il vero principio vitale della democrazia è stato generalmente formulato da Rousseau, ma la portata rivoluzionaria di questa definizione non è stata ancora interamente riconosciuta. Il problema non riguarda la volontà della maggioranza, ma la volontà della comunità, la volontà generale.

Infatti perché il principio maggioritario possa funzionare e cioè realmente esprimere la volontà comune di un corpo politico, che *volonté générale* e *volonté de tous* vengono a coincidere, è necessario quale presupposto l'*omogeneità sociale*:

la democrazia in uno Stato capitalistico è priva della condizione fondamentale per l'autodeterminazione del popolo: un popolo omogeneo. [...] Il principio essenziale della democrazia, perché non è possibile trovare una autentica giustificazione nella semplice maggioranza dei voti. [52]

Solo allorché esisterà una concreta omogeneità sociale la minoranza sarà disposta ad accettare, secondo il principio di Rousseau, la volontà della maggioranza come volere proprio [53].

Anche per Schmitt che sottopone a critica la *Menschheitsdemo-*

totalitari. Basterebbe rileggere le pagine dedicate da Rousseau alla « religione civile ». Non è un caso, del resto, che Rousseau sia dentro la tradizione di critica dell'alienazione. Cfr. K. Löwith, *Da Hegel a Nietzsche*, Torino 1949 e piú ancora L. Colletti, *Rousseau critico della società civile*, in Id., *Ideologia e società*, Bari 1969. D'altra parte la nostra tesi trova conferma nel fatto che il padre spirituale della teoria pluralista, e cioè Otto v. Gierke, proponga una interpretazione dell'opera di Hobbes e di Rousseau opposta a quella di Schmitt. Cfr. *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino 1943.

[52] Il che consentiva ad Adler di concludere che « sulla base della società di classe la pretesa rappresentanza popolare non può mai diventare espressione della volontà del popolo »; d'altra parte « non appena realizzato il presupposto necessario » e cioè l'omogeneità sociale, la democrazia diventa « un semplice prodotto di aritmetica ». Cfr. M. Adler, *Democrazia e consigli operai*, Roma 1970, p. 19 e *passim*.

[53] « Il s'ensuit de ce qui précède que la volonté générale est toujours droit et tende toujours à l'utilité publique. [...] Mais quand il se fait des brigues des associations partielles aux dépens de la grande, la volonté de chacune de ces associations devient générale par rapport à ses membres, et particulière par rapport à l'Etat: on peut dire alors qu'il n'y a plus autant de votants que d'hommes, mais seulement autant que d'associations. [...] Alors il n'y a plus de volonté générale, et l'avis qui l'emporte n'est qu'un avis particulier »; J. J. Rousseau, *Contrat Social*, L. II, cap. III.

kratie, il fondamento classico della democrazia è l'uguaglianza *sostanziale* ovvero l'espressione dell'omogeneità del popolo che simultaneamente esclude il *diverso*:

ogni vera democrazia si basa non solo sul fatto che l'eguale deve essere trattato egualmente ma che il diverso (*Nicht-gleiches*) deve essere trattato diversamente. È proprio della democrazia necessariamente in primo luogo l'omogeneità e in secondo luogo — se inevitabile — l'*esclusione e l'annientamento* dell'eterogeneo. [...] Quanto alla questione dell'eguaglianza non si tratta in verità di giochetti astratti o logico matematici ma nella sostanza dell'eguaglianza.

Essa può consistere in qualità fisiche o morali, nella comunanza di idee religiose o, come è avvenuto a partire dal XIX secolo, nell'appartenenza a una determinata nazione, nella omogeneità nazionale[54]. Solo tale omogeneità presupposta dà senso al « diritto elettorale eguale e universale » e non il pregiudizio liberale che gli uomini siano eguali e abbiano gli stessi diritti in quanto uomini. E questo viene confermato da Rousseau[55] secondo il quale

il vero Stato esiste solo dove il popolo è omogeneo. [...] La *volonté générale* come la costruisce Rousseau è in verità omogeneità. [...] Da essa risulta l'identità di governati e governanti.[56]

L'analisi di Kirchheimer almeno in questa fase è tutta iscritta in questo orizzonte. Alle caratteristiche costitutive della ' democrazia di valore ' non appartiene nessuna unità di *valori a priori* ma solo una unità di valore che va oltre l'eguaglianza puramente

[54] Onde fugare qualsiasi fraintendimento che il saggio del 1923, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* aveva potuto provocare, Schmitt nella replica alle critiche mossegli da Richard Thoma (cfr. « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », Bd. 53, 1925) contenuta nel saggio *Über den Gegensatz von Parlamentarismus und Demokratie* che precede la seconda edizione del 1926 della *geistesgeschichtliche Lage*, a p. 14 sottolinea che « la sostanza politica che è propria della democrazia non può certo consistere nel semplicemente economico. Dall'eguaglianza economica non si produce nessuna omogeneità politica: certo, in senso negativo, grandi diseguaglianze economiche possono negare o mettere in pericolo una altrimenti esistente omogeneità politica ».
Sul tema del rapporto tra democrazia e parlamentarismo intervenne anche Tönnies (cfr. *Demokratie und Parlamentarismus*, in « Schmollers Jahrbuch », Bd. 52, 1926) polemizzando contemporaneamente con Kelsen e con Schmitt. Inoltre cfr. H. Heller, *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, 1926, in Id., *Gesammelte Schriften*, II Bd., Leiden 1971, pp. 421 ss.
[55] Piú diffusamente cfr. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), cit., pp. 225-30 e *passim*.
[56] Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., p. 20.

politica[57]. Al contrario l'essenza della 'democrazia formale', che è rivolta alla semplice eguaglianza politica universale, è caratterizzata dal « non possesso di valori ai quali possono essere contrapposti determinati contro-valori ». A meno che, egli aggiunge in implicita polemica con Kelsen, « in questa libertà stessa dai valori non si intravveda un valore »[58]. Tale processo di de-sostanzializzazione[59] della democrazia coincide col duplice processo di affermazione del dominio sociale borghese e con il conseguimento dell'eguaglianza formale da parte di masse finora tenute escluse attraverso il sistema elettorale: per un verso dunque « l'opposizione dal meramente politico si spostò nel sociale »[60] e dall'altra, proprio a seguito di questa universalizzazione del diritto politico che vede contrapporsi interessi radicalmente antagonisti, la « democrazia in quanto partecipazione di ogni singolo, sintesi effettuale nel popolo e di tutti coloro che riconoscono un *valore comune* ha perduto il suo significato ». Il problema della democrazia, in questo Kirchheimer si rifà ad Adler, si risolve allora in quello della ri-conquista della *omogeneità sociale* quale *Ersatz*, sostituzione, dell'antico 'valore comune', mentre si pone il quesito di come in realtà la democrazia formale possa mai funzionare. Anche in questo caso Kirchheimer ricorre al paradigma dell'equilibrio delle forze quale possibile via di spiegazione: « i presupposti di esistenza della democrazia formale sono ora i seguenti: un approssimativo equilibrio delle classi in lotta e il tacito accordo che ne risulta »[61].

Dunque come in precedenza era avvenuto nell'analisi del formalismo del *Rechtsstaat*, quella sorta di 'parentesi' politico-costitu-

[57] Kirchheimer, *infra*, p. 4.

[58] Cfr. K. Barth, *Juan Donoso Cortés*, in « Schweizerische Rundschau », agosto 1935, p. 394: « così ad esempio Hans Kelsen ha messo in connessione i sistemi metafisici *in genere* con la forma statale monarchica e invece la democrazia col relativismo filosofico e con il positivismo delle scienze naturali ». Barth fa in particolare riferimento al saggio di Kelsen, *Staat und Weltanschauung*, Tübingen 1933. Contro questa relazione tra relativismo e democrazia si era polemicamente pronunciato Richard Thoma, cfr. *Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff*, in *Hauptprobleme der Soziologie*, Erinnerungsgabe für Max Weber, Leipzig-München 1923.

[59] Ovviamente in nessuno scritto di Marx o di Engels che non faccia riferimento al 'comunismo primitivo' si può rintracciare tale omogeneità. Il trionfo del dominio borghese coincide nella sua forma dispiegata con l'universalizzazione dell'eguaglianza politica o 'veramente astratta'.

[60] Questo concetto Kirchheimer lo deriva *alla lettera* da Schmitt: « Le diseguaglianze sostanziali non scomparirebbero affatto dal mondo o dallo Stato ma si ritrarrebbero in un altro ambito, ad esempio dal politico nell'economico dando a questo ambito un superiore significato nuovo e incomparabilmente forte »; cfr. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., p. 18.

[61] Kirchheimer, *infra*, p. 5.

zionale che per il marxismo[62] erano le fasi di equilibrio, viene nel teorema kirchheimeriano elevata a paradigma interpretativo di tutta un'epoca. La crisi del parlamentarismo — e questa è la naturale conclusione dell'argomentazione di Kirchheimer — è l'esito necessario di un simmetrico, doppio processo: dell'affermarsi della democrazia formale e del depotenziamento della capacità decisionale dello Stato. Fine della *Wertdemokratie*, ovvero dell'omogeneità di valore (e sociale) e formalismo del *Rechtsstaat* si tengono a vicenda. Causa ed effetto di questo doppio processo di ' dissoluzione ' è l'equilibrio delle forze in lotta che, come aveva intravisto Bauer, diviene cosí anche paradigma sia per la critica della funzione parlamentare che rilevazione della sua stessa crisi.

Nel saggio dedicato alla *Trasformazione di significato del parlamentarismo*, Kirchheimer sviluppa un complesso ordine di ragionamenti. Ribadisce, in coerenza con quanto già scritto, che

> l'idea dello Stato di diritto sta oggi tra borghesia e proletariato. È diventata la linea di confine tra due gruppi in lotta, i quali sono entrambi ben lontani dal riconoscere in essa la norma definitivamente valida della spartizione del potere.[63]

Non si tratta piú di uno scontro tra singoli individui isolati ma, a seguito del processo di organizzazione, di una lotta in cui ognuno chiama a soccorso « il proprio partito, il proprio gruppo sociale »[64]:

> perciò, lo Stato ha costruito un intero sistema di diritto che serve a portare a compimento per vie giuridiche questi conflitti sociali, a sottrarli alla sfera dei diretti interessati, a neutralizzare le domande sociali di potere in problemi di riconoscimento giuridico.[65]

[62] Questo vale non solo per Bauer ma anche per Max Adler.
[63] Kirchheimer, *infra*, p. 31.
[64] Kirchheimer dà del partito politico una lettura in chiave di « nomenclatura delle classi ». D'altra parte a dispetto del loro conclamato carattere *weltanschaulich*, programmatico-ideologico, i partiti weimariani, cosa che non restò senza conseguenze sul piano della stabilità politico-costituzionale, furono invece spesso solo diretta espressione di gruppi ed interessi sociali. « La tendenza del parlamentarismo tedesco, certamente piú rilevante che non in Inghilterra e negli Stati Uniti, a porsi come sistema rappresentativo di gruppi d'interesse specifici, gli interessi agrari, industriali, sindacali o della Chiesa cattolica, tendenza che si sviluppò soprattutto nella repubblica di Weimar e che ne determinò l'instabilità »; T. Parsons, *Democrazia e struttura sociale nella Germania prenazista*, in « Journal of Legal and Political Sociology », 1942, ora in Id., *Sistema politico e struttura sociale*, Milano 1975, p. 97; Rusconi, *La crisi di Weimar* cit., p. 28.
[65] Kirchheimer, *infra*, p. 31.

Questo rende possibile decifrare la funzione che, nella lotta tra borghesia e proletariato, svolge il sistema dello Stato di diritto: creare uno stato di equilibrio[66]. Da questo punto di vista risulterà chiaro perché, in questo Kirchheimer è certamente piú sensibile alla lezione schmittiana che a quella di Marx, gli sia possibile parlare di una crisi del parlamentarismo a partire dall'opposizione di democrazia di valore e parlamentarismo.

Le espressioni ' parlamentare ' e ' democratico ' vengono adoperate l'una per l'altra o l'una accanto all'altra, sicché sorge arbitrariamente l'impressione che esse avrebbero avuto, nel corso della storia, sempre lo stesso significato, e che siano impensabili l'una senza l'altra. È questo un errore teorico di ampia portata, che [...] nella prassi politica conduce e ha già condotto ad errori fatali.[67]

Diversamente da quanto pensasse Hugo Preuss ancora prigioniero della « miseria tedesca », il vero *Gegensatz* del '900 non è quello tra *Volksstaat* e *Obrigkeitsstaat*: tra Stato parlamentare e Stato burocratico-autoritario alla Bismarck. Questo forse poteva valere per il secolo XIX: oggi il vero problema è il fallimento della funzione parlamentare e il venir meno delle condizioni che ne avevano garantito il ruolo di ' sintesi ' e di produzione della volontà politica.

A sostegno della sua posizione Kirchheimer utilizza ampiamente le tesi di Schmitt e, in particolare, quelle contenute nel suo saggio del 1923 dedicato alla *Condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*[68]:

Il nocciolo del principio democratico si basa su tutta una serie di identità: quella di governanti e governati, dominati e dominanti, identità di soggetto-oggetto dell'autorità statale, identità del popolo con la sua rappresentazione (*Repräsentation*) in Parlamento, e identità di Stato e popolo che di volta in volta vota, identità di legge e Stato e, infine, identità del quantitativo (maggioranza numerica o unanimità) con il qualitativo (giustezza della legge).[69]

[66] Spostando leggermente l'accentuazione della sua analisi Kirchheimer conclude (cfr. *infra*, p. 31) sottolineando il *valore transitorio* che verrebbe ad assumere la democrazia formale.

[67] *Infra*, p. 27.

[68] Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., p. 6 polemizza con la posizione ' liberale ' che confonde parlamentarismo con democrazia o Costituzione rappresentativa e parlamentarismo. Egli fa particolare riferimento al volume di G. Mosca, *Teorica dei governi e governo parlamentare* del 1883. J. Agnoli, *La trasformazione della democrazia*, 1969, invece paragona Schmitt ai teorici « delle minoranze dirigenti », Mosca, Pareto e Michels (p. 52).

[69] Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., pp. 22 e 36. La posizione di Kirchheimer nel 1928 non è molto differente: il valore delle elezioni russe

Ovviamente tali identità non sono una « realtà afferrabile » (*handgreifliche Wirklichkeit*) ma si basano sul riconoscimento (*Anerkennung*) dell'identità: per questo, nonostante le spinte e i tentativi di pervenire ad una democrazia diretta essa rimane, per cosí dire, una idea limite. Infatti non è assolutamente pensabile di raggiungere « una identità assoluta, immediata, in ogni istante *in realitate presente* ». Certo la volontà del popolo è sempre identica con se stessa « sia che da questo *sí* o *no* di milioni di voti espressi si produca una decisione, sia che un singolo uomo, anche senza votazione, abbia la volontà del popolo, sia, infine, che il popolo in qualche modo ' acclami ' »[70]. E poiché la democrazia è essenzialmente un principio politico e non organizzativo, è impossibile sia risolverla semplicemente in tecnica della formazione della volontà che, d'altra parte, darle un ' nuovo ' contenuto: la democrazia come principio politico non si identifica né col parlamentarismo né può essere sostituita dalla *Wirtschaftsdemokratie*[71]. Certo, conclude Schmitt,

nel XIX secolo Parlamento e democrazia furono cosí strettamente legati tanto che furono presi per equivalenti. Ma può esserci una democrazia senza ciò che si chiama moderno parlamentarismo come un parlamentarismo senza democrazia; e dittatura è altrettanto poco il decisivo contrario di democrazia quanto poco lo è democrazia di dittatura.[72]

(cfr. *infra*, p. 15) sta non nel loro risultato ma nella volontà del singolo di ' partecipare ' (*mit-dabei-Sein wollen*) e nella *acclamatio* di coloro che pubblicamente dicono « Sí ». Kirchheimer accenna, inoltre, riprendendo un tema presente nell'opera di Rudolf Smend, alla ' funzione di integrazione ' che le elezioni svolgerebbero.

[70] Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., p. 33: « Alla questione non si era data risposta cercando di darle un contenuto, ovvero cercando di applicarla dall'ambito politico a quello economico. In numerose pubblicazioni si trovano simili spostamenti dal politico all'economico. Il socialismo gildista la chiama democrazia economica; una nota analogia tra lo Stato costituzionale e la fabbrica costituzionale è stata stirata in tutte le direzioni possibili. In realtà ciò significa una trasformazione essenziale del concetto di democrazia giacché punti di vista politici non possono essere trasposti nelle relazioni economiche fintantoché nell'economia vige la libertà contrattuale e il diritto privato ».

L'analogia cui Schmitt fa riferimento era stata tracciata da Sinzheimer. Quanto alla visione ' liberistica ' schmittiana, che nel 1932 troverà clamorosa conferma, non dovrebbe sorprendere eccessivamente. Del resto nella sua recensione del *Begriff des Politischen*, Leo Strauss aveva parlato di un « segreto liberalismo » di Schmitt, cfr. *Anmerkungen zu Carl Schmitts ' Begriff des Politischen '*, in « Archiv für Sozialpolitik und Sozialwissenschaft », LXVII, n. 6, pp. 732-49: « Cosí la sua accettazione del politico come tale si rivela come un liberalismo dai tratti capovolti ». In realtà ciò che importa a Schmitt non è « la lotta contro il liberalismo »: la sua « ultima parola è ' l'ordine delle cose umane ' ».

[71] Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., pp. 22-3.

[72] Kirchheimer sembra invece essere dell'opinione che potrebbe esistere un ' parlamentarismo democratico ': il modello è quello della Convenzione del

Cosí impostata l'analisi, è per Schmitt estremamente semplice arrivare a liquidare il problema dei rapporti tra esecutivo e Parlamento: ciò che a lui interessa infatti è identificare la « base spirituale del parlamentarismo », e non trattare questioni di tecnica organizzativa del potere. Certo, ipotizzando che il Parlamento sia un « comitato del popolo » e il governo un « comitato del comitato » [73], potrebbe sorgere « l'idea del parlamentarismo come qualcosa di essenzialmente democratico ». Ma si tratta solo di apparenti elementi comuni « nonostante contemporaneità e concessione ». Ad esempio, conclude Schmitt:

se per motivi tecnici e pratici invece del popolo decidono dei fiduciari, in nome dello stesso popolo può decidere anche un solo uomo di fiducia e l'argomentazione, senza cessare di essere democratica, giustificherebbe un cesarismo antiparlamentare. [74]

Ma quali sono allora i veri principi ' spirituali ' del parlamenta-

1892-93 secondo il quale « il Parlamento non è nient'altro se non un comitato del popolo e il governo nient'altro se non un comitato del Parlamento. Il governo è semplicemente l'esecutivo del Parlamento la cui formazione della volontà è predeterminata dalle decisioni parlamentari », cfr. *infra*, p. 25. Vale la pena ricordare, anche per la sua sorprendente attualità, la polemica che in questo contesto Kirchheimer sviluppa contro le posizioni nella SPD favorevoli al « governo delle personalità ». Del resto che una completa parlamentarizzazione della vita politica non si sia realizzata viene dimostrato da Kirchheimer *ex negativo*: mentre cioè il governo è tenuto ad osservare ' in positivo ' le decisioni del Parlamento, può aggirarle però ricorrendo a una strategia passiva: « Il bilancio significa semplicemente una limitazione del governo dal lato delle uscite, *non da quello dei risparmi* » (*infra*, p. 23).

[73] Il ragionamento di Schmitt è evidentemente capzioso: d'un balzo fonda ' democraticamente ' la dittatura. Questo, ancora una volta, grazie alla sua visione ' sostanziale e di valore ' della democrazia che relega le ' regole del gioco ' a impacci ingombranti sulla via dell'essenza del politico. A tale proposito molto giustamente nota K. Löwith, nell'articolo *Max Weber und seine Nachfolger*, in « Mass und Wert », III Jg., 1940, Heft 2: « I suoi [di Carl Schmitt. *N.d.C.*] mutamenti da un normativismo pensato in senso estremamente giuridico e cattolicamente caratterizzato, attraverso un decisionismo dittatoriale ad un nuovo ' concreto pensiero d'ordine ' segnano tre fasi dello sviluppo tedesco. [...] La dittatura non sta in alcuna necessaria opposizione con la democrazia, ma si può coniugare con essa. Giacché alla sua essenza appartiene solo l'accordo della *volonté générale* con la *volonté de tous*, l'identità di governati e governanti, di popolo e Stato, di volontà del popolo e legge, di massa e guida politica » (pp. 172-5). Per una ricostruzione assai convincente dell'intreccio tra principio maggioritario, forme parlamentari e democrazia si veda il recente saggio di N. Bobbio, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in N. Bobbio, C. Offe e S. Lombardini, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologna 1981.

[74] Schmitt richiama criticamente la prima ricerca sociologica che mai fosse stata condotta sul tema della ' pubblica opinione ' e cioè quella di F. Tönnies, *Kritik der öffentlichen Meinung*, Berlin 1922.

rismo? La discussione pubblica e la *Oeffentlichkeit*[75]: il *government by discussion* e la fine degli *arcana rei publicae*. Pubblicità dell'opinione, difesa della libertà di parola come pure di tutti gli altri principi costituzionali e segreto elettorale. Questa è la dialettica del parlamentarismo liberale: « la libertà dell'opinione è una libertà di privati; essa è necessaria per la concorrenza delle opinioni nella quale la migliore trionfa ». La *diskutierende Oeffentlichkeit* produce la *veritas* la quale a sua volta *facit legem*. L'autorità è risolta nella verità del confronto dialettico di opinioni. Da questo discende il carattere generale e universale della forma di legge[76] e il *balance of powers*. Ma questo procedimento che garantisce la verità della legge, presuppone, d'altra parte, che nella discussione si confrontino opinioni disinteressate e non interessi organizzati, polemicamente contrapposti, e quindi una relativa omogeneità del corpo elettorale e dei suoi rappresentanti: è esattamente la condizione che viene verificata dallo sviluppo della *Massendemokratie*. Se infatti « le leggi risultano dalla lotta di opinioni (e non dalla lotta degli interessi) », questo è possibile perché alla discussione sono presupposti quali ' premesse ', convincimenti comuni, disponibilità a lasciarsi convincere, indipendenza dai legami partitici e imparzialità rispetto a interessi egoistici[77]: ma non appena si manifesta « l'eterogeneità dei fini », l'epoca della discussione è finita. Al « mutamento di significato dei punti di vista pratici » fa seguito necessariamente il « mutamento di funzione dello strumento pratico »: la discussione si trasforma in ' trattativa ' e gli affari pubblici divengono « oggetti di preda e di compromesso di partito e dei loro seguiti ».

La condizione del parlamentarismo è oggi cosí critica perché lo sviluppo della moderna democrazia di massa ha fatto della discussione pubblica su argomenti una vuota formalità.[78]

[75] Tale impostazione analitica coincide letteralmente con quella sviluppata mezzo secolo dopo da J. Habermas in *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied und Berlin 1962 (trad. it. Bari 1971).

[76] In una polemica sul ' diritto di proprietà ' che lo vide tra i principali protagonisti, Schmitt fece ricorso a una speciosa accezione di *rechtsstaatlicher Gesetzbegriff* contrapposto al *politischer Gesetzbegriff* e poi a quello di *Gesetz* contro *Massnahme*. Tale questione è criticamente esaminata da F. Neumann nel suo saggio sui *Mutamenti di funzione* cit. Vale forse la pena ricordare che la tesi fraenkeliana del ' doppio Stato ' sviluppa appunto la distinzione di Schmitt di *Gesetzstaat* e *Massnahmestaat*. Curiosamente, invece, nessuno ha notato che l'accezione di ' legge ' sostenuta da Schmitt deriva direttamente da Rousseau: « Ainsi, de meme qu'une volonté particulière ne peut représenter la volonté générale, la volonté générale à son tour change de nature, ayant un objet particulier, et ne peut, comme générale, prononcer ni sur un homme ni sur un fait » (*Contrat Social*, l. II, cap. IV).

[77] Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., p. 9.

[78] Ivi, p. 10.

E se ancora Weber, Naumann e Preuss potevano ritenere che il Parlamento fosse « essenzialmente, e al massimo, uno strumento per la selezione politica dei capi, una via sicura per eliminare il dilettantismo politico e per far pervenire i migliori e i piú qualificati alla guida politica » [79], anche questa disincantata, estrema espressione della *ratio* liberale si palesa come decisamente ineffettuale e, al pari delle discussioni pubbliche del Parlamento, come « decorazione superflua, inutile e perfino penosa, come se qualcuno avesse decorato con delle fiamme rosse i termosifoni di un moderno sistema di riscaldamento centrale per produrre l'illusione di un fuoco che arde » [80].

Sotto la spinta irresistibile degli interessi che si organizzano l'attività del Parlamento si degrada, secondo Schmitt, a defatigante lavorio di « comitati sempre piú ristretti, mentre la pubblicità delle sedute parlamentari si degrada a mera facciata ». Può darsi che non possa essere diversamente.

Ma bisogna per lo meno avere quel minimo di coscienza della situazione storica per vedere che il parlamentarismo ha in tal modo perduto la sua base spirituale e tutto il sistema delle libertà di parola, di riunione, di stampa, delle sedute pubbliche, delle immunità e dei privilegi parlamentari, la sua *ratio.* [81]

Comitati piú ristretti o ristrettissimi di partito o di coalizioni di partiti decidono a porte chiuse e quello che « i rappresentanti di grandi gruppi di interesse capitalistici concordano in cerchie ristrettissime è, per la vita quotidiana e per il destino di milioni di uomini, forse, ancora piú importante di quelle decisioni politiche » [82]. Ma la crisi del parlamentarismo, quindi, non è quella della democrazia: certo esso all'inizio produce la crisi stessa della democrazia « perché con l'eguaglianza astratta, non può essere risolto il pro-

[79] Per la verità Naumann come Weber, come Preuss o Rathenau ritenevano che la ' parlamentarizzazione ' dovesse avere non solo un carattere funzionale ma anche *politico,* in quanto democratizzazione e superamento dello *Obrigkeitsstaat.*

[80] Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., p. 10.

[81] Se il Parlamento non ha piú ' valore ' ma solo una funzione tecnica di definizione formale di accordi-trattativa, allora, conclude Schmitt il suo superamento è solo una *questio facti: la legittimità* si separa e si contrappone alla *legalità.* Per l'analisi della crisi del parlamentarismo negli anni Venti, si veda J. Schumpeter, *Sozialistische Möglichkeiten von heute* (1920), in *Aufsätze zum ökonomischen Theorie*, Tübingen 1952, pp. 466 ss.
Sono questi i termini che ritornano nella *Parlamentarismuskritik* della seconda metà degli anni Sessanta. Ad esempio cfr. J. Habermas, *Il partito integralista,* in *Il partito di massa* cit., pp. 123-30.

[82] Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., p. 21.

blema della sostanziale eguaglianza e omogeneità necessaria di una democrazia »[83].

In tal modo il cerchio del ragionamento di Schmitt si chiude: la democrazia presuppone l'omogeneità e quest'ultima fondava almeno parzialmente la *ratio* del parlamentarismo: si dissolve quest'ultima nella *Massendemokratie*, entra in crisi la funzione del Parlamento mentre il postulato della democrazia che si basa sull'identità di governati e governanti deve cercare altre vie di realizzazione:

in quanto democrazia, la democrazia di massa cerca di realizzare un'identità di governati e governanti e su questa via incontra il Parlamento come una istituzione invecchiata, non piú concepibile. Se si prende sul serio l'identità democratica, nel caso estremo [*Ernstfall*] nessuna struttura costituzionale può infatti non cedere di fronte alla decisività unica della volontà non contraddicibile del popolo in qualunque modo espressasi.

La democrazia diventa *acclamatio* al di là e senza *forme*: un plebiscito di tutti i giorni.

Kirchheimer declina e articola questa diagnosi epocale schmittiana definendo *en marxiste* il concetto di *Massendemokratie*: anche nella sua analisi i due principi costitutivi del parlamentarismo moderno sono l'omogeneità e « la fede che l'utile e il giusto per la nazione possano essere trovati nella e attraverso la pubblica discussione parlamentare », fede che a sua volta presuppone una data unità politica come è rappresentata dalla borghesia del XIX secolo[84]. Ma la rivoluzione del XIX secolo[85] ha fatto saltare gli ultimi resti del sistema elet-

[83] *Ibid.*

[84] Kirchheimer, *infra*, pp. 28 ss.

[85] Che quella del 1918 fosse stata una vera e propria rivoluzione viene contestato anche da posizioni moderate o liberali. A tal proposito si vedano le affermazioni di Troeltsch nelle sue *Spectator Briefe* (trad. it. *La democrazia improvvisata*, Napoli 1977, p. 270): « Solo i miopi potevano trionfalmente credere che fosse stato cosí raggiunto l'obiettivo del 1848. No, ciò che era stata nel 1848 un'ardita impresa progressista, era diventata ora un soffocamento e rallentamento conservatore della rivoluzione, uno strumento che assicurava ai nemici della rivoluzione la possibilità di agire legalmente e di conseguire una crescente influenza ». Sono le conclusioni cui perviene anche la classica analisi di Rosenberg e che di recente sono state riproposte nelle pagine conclusive del suo lavoro da H. U. Wehler, *L'impero guglielmino*, Bari 1981. Kirchheimer rimprovera (vedi *infra*, p. 29) alla dirigenza socialdemocratica di non aver avuto l'audacia di portare a fondo il processo rivoluzionario mentre giudica irrilevanti le obiezioni che giudicavano come insuperabili i vincoli posti dalle potenze vincitrici. In questo senso, ad esempio si espresse Hilferding: « That is the classical Utopia to which our Left still clings. [...] But even aside from the question of whether or not the Soviet system is desirable, its realisation is utterly impossible, from a domestic point of view as well as from a foreign point of view [...] Our revolution was

torale censitario: e se con Bismarck già era stato conquistato il suffragio universale, dalla Costituzione di Weimar è trasformata in realtà l'antica aspirazione di un sistema elettorale proporzionale puro e della responsabilità parlamentare dei ministri. Viene cosí affermato, continua Kirchheimer, che grazie a questi processi « quelle opposizioni tra una borghesia politicamente privilegiata e i lavoratori aventi diritti minori [...] siano superate, e che noi oggi in Germania abbiamo soltanto cittadini aventi uguali diritti, in breve un sistema che riunisce in sé democrazia e parlamentarismo »[86].

E proprio contro tale opinione si volge la critica di Kirchheimer procedendo su due diversi piani di ragionamento. Egli infatti constata, riprendendo letteralmente un passo di Schmitt, che

> un Parlamento non è piú, dunque, luogo di una discussione produttiva: è diventato il luogo delle dichiarazioni pubbliche di opposti interessi di classe[87], mentre le effettive decisioni sulle questioni politiche vengono prese in riunioni private, in commissioni ed incontri segreti.[88]

L'*eterogeneità dei fini* costringe alla ritirata l'idea del Parlamento come « bastione del progresso ». Basterebbe questo a rivelare l'ingenuità di quelle posizioni ' progressiste ' che si limitano a constatare che « è scomparso un mezzo per tenere lontani gli strati proletari dalla decisa rappresentanza del proprio interesse di classe », e non si domandano, ecco il secondo tema sottoposto ad esame, se, invece, altri, e forse, piú funzionali dispositivi di selezione, non siano stati predisposti per « raggiungere » oggi, con altri mezzi, il « vecchio fine ». Se cioè non sia possibile, ricorrendo a strumenti extraparlamentari, « falsificare la formazione della volontà statale »: con la potenza del denaro la borghesia può ottenere tale scopo manovrando quell'enorme potenza reale che è la stampa[89] o, ancora piú subdolamente, nota Kirchheimer, dando vita a organizzazioni, come « il cosiddetto partito democratico » che « per la sua ideologia è molto piú pericoloso per i lavoratori dei suoi nemici dichiarati »[90].

frustated from outset », rip. in J. Braunthal (a cura di), *In Search of Millennium*, London 1945, p. 244.

[86] Kirchheimer, *infra*, p. 30.

[87] Quella del Parlamento come tribuna era una visione molto diffusa nelle posizioni antisocialdemocratiche degli anni Venti. Tipica in questo senso quella di Lukács, *Scritti politici giovanili 1919-28*, Bari 1972, p. 76: « Il Parlamento [...] può essere solamente un'arma difensiva del proletariato [...] [che] può servirsi del Parlamento solo per l'agitazione e la propaganda politica ».

[88] Kirchheimer, *infra*, p. 31.

[89] Sul ruolo politico svolto dalla stampa e dagli editori conservatori nella repubblica di Weimar si vedano le ricerche di Enzo Collotti.

[90] Il riferimento è alla Deutsche Demokratische Partei (DDP) che con SPD e Zentrum formava la cosiddetta coalizione weimariana. Sul ruolo e la

La borghesia con la sua posizione di potere finanziario ha sostituito al potere aperto quello occulto, « ha concesso il suffragio universale e uguale, togliendogli nel contempo, con il proprio potere finanziario, i suoi effetti piú importanti »[91].

Se la critica kirchheimeriana del parlamentarismo si fermasse, diciamo cosí, solo a questo aspetto estrinseco, a questa dialettica di vero e falso, si caratterizzerebbe come un semplice riassunto delle posizioni schmittiane con l'aggiunta dei *topoi* classici della critica antiparlamentare di sinistra degli anni Venti. Ma c'è un passo breve ma decisivo nella argomentazione di Kirchheimer che eleva d'un colpo il livello del ragionamento e rappresenta una testa di ponte teorica gettata verso la successiva analisi della *Verfassung* weimariana. Ripercorrendo argomenti che erano stati al centro del saggio di Lassalle *Sulla Costituzione*[92], Kirchheimer sottolinea che

> gli interessi di classe sono questioni di potere per le quali non esiste altra ragione se non la necessità di ottenere per ogni classe il massimo del possibile senza un rischio che sopravanzi i rapporti di forza.

Da una parte, dunque, il *Rechtsstaat*, risulta dipendere dall'equilibrio delle forze, dalla stabilità. Dall'altra la relazione di potere tra le classi produce costantemente uno spostamento del baricentro di tale equilibrio: non si tratta allora soltanto di riprendere l'antica osservazione di Marx secondo la quale là dove due interessi contrapposti vengono a conflitto, là dove c'è una antinomia, a decidere è la forza e non il diritto[93], ma, di constatare l'esistenza di una ben piú complessa dialettica tra forme e potenze reali, tra spinta all'equilibrio di compromesso e sua rottura. La parlamentarizzazione *può*, ma non *deve*, necessariamente coincidere con la dinamica reale dei rapporti di forza:

> maggioranza parlamentare e potere politico reale *possono*, non però *devono* coincidere. Maggioranza e potere sono due cose diverse, e la maggioranza parlamentare è solo *una*, non assolutamente attendibile, possibilità di conoscenza dei veri rapporti di forza.[94]

funzione di questo partito cfr. Rusconi, *La repubblica di Weimar* cit., pp. 137-8 e *passim*.

[91] Kirchheimer, *infra*, p. 30.

[92] Classicamente F. Lassalle: « Questioni costituzionali in origine non sono questioni di diritto (*Rechtsfragen*) ma invece questioni di potere (*Machtfragen*) »: *Über Verfassungswesen* (1862), in F. Lassalle, *Gesammelte Reden und Schriften* (a cura di E. Bernstein), Berlin 1919, vol. 2, p. 61.

[93] K. Marx, *Il Capitale*, Roma 1967, vol. I, p. 269.

[94] Kirchheimer, *infra*, p. 31.

4. *Lenin e Sorel: il giudizio sulla rivoluzione russa e la rinascita del sovrano*

Avendo presenti le premesse contenute nella critica della ' democrazia senza valore ' e dell'impotenza formalistica dello Stato di diritto dovrebbe non risultare paradossale la conclusione cui perviene Kirchheimer nel giudizio sulla rivoluzione russa come *restaurazione della sovranità.* In particolare la sua lettura del leninismo ma soprattutto del valore della rivoluzione in funzione antisocialdemocratica si presenta con forti venature attivistico-soreliane [95]:

in un'epoca in cui in Europa si compie praticamente e teoricamente lo smantellamento della idea di sovranità [96] il bolscevismo si trova nella strana situazione di procacciare *nella pratica* una vittoria al concetto di sovranità al quale *teoricamente* aveva rifiutato il suo riconoscimento. [97]

In sostanza la rivoluzione russa, e in questo certo consiste un merito di enorme rilievo, ha indicato un soggetto (*Träger*) « chiaro e determinato della sovranità ». Ma se si trattasse semplicemente di questo, commenta Kirchheimer, ci troveremmo solo di fronte a un, sia pur rilevante, « tentativo di restaurazione ». La vera novità, invece, e qui risulta evidente la divaricazione rispetto a Schmitt [98], consiste nel fatto che mentre le conseguenze scaturite da Versailles « confermano l'ineffettualità di un concetto di sovra-

[95] L'influenza di Sorel e di Bergson nel ' marxismo occidentale ' e, in particolare su Gramsci, Lukács e Korsch è stata piú volte documentata. Cfr. N. Badaloni, *Il marxismo di Gramsci*, Torino 1975; e L. Colletti, *Il marxismo ed Hegel*, Bari 1969, in particolare pp. 317 ss. Piú interessante è sottolineare le tracce soreliane in Schmitt: « Il decisionismo poggia su una concezione peculiare, ma molto seducente, della natura della politica, che assomiglia molto al sindacalismo rivoluzionario di Georges Sorel », Neumann, *Behemoth* cit., p. 62; Fraenkel, *Das dritte Reich als Doppelstaat*, cit., p. 227.

[96] Su questo torna retrospettivamente Carl Schmitt nella introduzione del 1971 per l'edizione antologica italiana dei suoi scritti. La nascita dello *ius publicum europaeum* coincide con la conquista da parte dello Stato del monopolio della politica.

[97] Il marxismo non è mai stato infatti soltanto una teoria della sovranità anzi, semmai, come bene aveva visto Kelsen (cfr. *La teoria politica del bolscevismo*, Milano 1981, ma il saggio è del 1948), presenta elementi anarchici. In questo saggio, tra l'altro (cfr. pp. 49-52) Kelsen individua la radice filosofica dell'aporia presente nella *Staatstheorie* marxista nella confusione tra « contraddizione dialettica e non-contraddizione ». Su questo cfr. L. Colletti, *Kelsen e la critica del marxismo*, in Id., *Tramonto dell'ideologia*, Bari 1980.

[98] C. Schmitt: « Si resta attoniti di fronte allo zelo con cui proprio i nuovi soggetti della politica si servono dei vecchi concetti. [...] Il profilo classico dello Stato svaní quando venne meno il suo monopolio della politica e si insediarono nuovi, diversi soggetti della lotta politica », introduzione cit., pp. 22 e 24.

nità nazional-statale quale possibile fondamento della sovranità nell'età delle strutture di equilibrio formaldemocratiche » (*Zeitalter formaldemokratischer Gleichgewichtsstrukturen*), l'Ottobre si presenta come il primo tentativo, non in senso puramente anarchico-negativo, di rottura del monopolio statale della sovranità. Nella separazione per la prima volta coscientemente intrapresa « di Stato e sovranità ». E questo proclamando come vero soggetto sovrano la classe, la quale proprio perché non è legata ad alcun confine statale « sarà per sua tendenza universale » [99]. Con un'operazione intellettualmente spericolata ma di notevole rilievo, Kirchheimer si pone al di fuori del campo tradizionale di riferimento del dibattito che impegnò e lacerò a lungo la socialdemocrazia sul giudizio circa la rivoluzione del '17, cercando di fondare la validità di quell'esperimento rifunzionalizzando le argomentazioni tipiche della teoria schmittiana. Per questa via egli giunge alla serrata critica di quella concezione del « doppio progresso » che era sottesa all'azione della socialdemocrazia [100]. Secondo tale concezione esisterebbe un processo omogeneo-lineare grazie al quale sarebbe non solo consentito giudicare la libertà di stampa, di riunione ecc., quali conquiste durature (mentre invece sono « elementi necessariamente accidentali [*Akzidentalia*] in una democrazia formale a strutture in equilibrio ») ma addirittura ipotizzare un nesso diretto, una corrispondenza biunivoca tra « progresso dello sviluppo capitalistico, progresso nello sviluppo dell'umanità e progresso nell'educazione dell'umanità » grazie alla quale ritenere con certezza che l'organizzazione del capitalismo si traduca « nella crescente umanizzazione dei metodi di lotta ». In realtà, secondo Kirchheimer, si tratta semplicemente di una banale *feticizzazione della democrazia formale*. Le tesi che sono oggetto della critica di Kirchheimer erano state al centro della riflessione sviluppata, l'anno precedente, da Hilferding nel congresso della SPD a Kiel. Tale posizione viene giudicata da Kirchheimer roba da « epigoni » di Marx il quale invece, si sarebbe limitato a vedere « il mondo politico [come] niente altro che un riflesso dello sviluppo economico », secondo quella concezione che venne definita da Sorel di « continuité technologique » [101].

[99] Questa secondo Kirchheimer è la base di una tendenza espansionistico-interventista tutta legata a motivi politici e ben piú decisiva dell'imperialismo ' economico '.

[100] Cfr. Marramao, *Austromarxismo* cit., pp. 31 ss. Kirchheimer fa riferimento a Bernstein che, ovviamente, non era piú un obiettivo polemico: in realtà Kirchheimer critica la posizione di Hilferding.

[101] Sulle caratteristiche ' socialtecnologiche ' del pensiero di Hilferding si tengano presenti, in particolare, Rusconi, *La crisi di Weimar* cit., cap. 9, pp. 176 ss. e G. Marramao, « *Tecnica sociale* », *Stato e transizione tra socialde-*

Proprio contro questa visione « socialtecnologica », contro queste « platitudes humanitaires » (Sorel) si rivolse la polemica di Lenin: sviluppando « una dottrina della lotta totale e senza riserve », nella quale la morale stessa diventa parte della contrapposizione politica, anzi quest'ultima diventa « totale » nella misura in cui si presenta nella forma assoluta che nel XVI e nel XVII secolo aveva avuto il *Bürgerkrieg religioso* [102]. La lotta in sé diventa un mezzo e la fonte della contrapposizione politica: l'umanità si risolve nella contrapposizione di amico-nemico. Qui sta l'essenza eminentemente politica dell'opera di Lenin che, in questo piú vicino a Sorel che a Marx [103], ha contrapposto ad una concezione razionalcalcolistica dei rapporti di forza politici, un concetto politico di raggruppamento essenzialmente di altra natura.

La *violence* [...] — Lenin ha usato per questo l'espressione « *élan* russo » — con cui un gruppo deciso si avvia alla sua vittoria. È l'ultimo combattimento, la *bataille napoléonienne*, un contenuto essenziale del mito, che ritorna anche qui. [104]

mocrazia weimariana e austromarxismo, in L. Villari (a cura di), *Weimar*, Bologna 1978.

Su Sorel si veda anche K. Löwith, *Da Hegel a Nietzsche*, cit., pp. 413-5.

[102] « Continua a risuonare il grido *Silete theologi* che un giurista del diritto internazionale ha elevato, all'inizio dell'epoca dello Stato moderno, contro i teologi delle due confessioni cristiane », cfr. Schmitt, *Le categorie del ' politico '*, cit., p. 96.

[103] Kirchheimer riprende letteralmente espressioni usate da C. Schmitt nel suo articolo *Die politische Theorie des Mythus* (1923), in *Positionen und Begriffe* cit, pp. 9 ss.

[104] Kirchheimer, *infra*, p. 12. Per la distinzione tra utopia e mito vedi *infra*, p. 11.

Schmitt si è occupato in diversi saggi di Sorel e del suo rapporto con Bergson: cfr. *Die geistesgeschichtliche Lage* cit., pp. 77 ss.; nella *Teologia politica* I (« In questo modo il socialismo anarchico-sindacalista di Georges Sorel è stato in grado di mettere insieme la filosofia vitalistica di Bergson con la concezione economica della storia di Marx », p. 67), nella *Diktatur* e nel *Concetto del politico*.

Un ruolo fondamentale nella formazione del pensiero di Schmitt ha svolto *La filosofia politica della contro-rivoluzione* e in particolare l'opera di Donoso Cortés da cui, tra l'altro, Schmitt ha derivato la convinzione che l'alternativa nell'età moderna è quella tra due ' dittature ' (cfr. Löwith, *Da Hegel a Nietzsche* cit.) e la visione ' monoteista ' della sovranità che come quella divina deve incarnarsi in un singolo: « Il sovrano è come Dio: o è uno o non esiste, la sovranità è come la divinità: o non è o è indivisibile e incomunicabile », J. Donoso Cortés, *Saggio sul cattolicesimo, il liberalismo e il socialismo*, Milano 1972, p. 234. Si tratta di una vera e propria « intransitabile utopia », per usare una espressione di M. Cacciari. Solo che in Carl Schmitt la decisione *non può non* fondare la dittatura: la sua teoria della sovranità coincide con la dittatura e con l'ideale della società senza conflitti del ' nuovo ordine '.

E il mito politico, infatti, possiede la proprietà di evocare un raggruppamento di valore « del tipo piú decisivo ». E mentre lo Stato del doppio progresso non è piú uno Stato e quindi « non può neppure avere nemici », all'opposto si leva il concetto bolscevico di dittatura che è *vero* (*ein echter*) perché contrassegna un *Ausnahmezustand*, uno stato d'eccezione, il quale a sua volta è per sé definizione del concetto di sovranità. Infatti, per qualsiasi principio politico è d'importanza fondamentale come esso si pone nei confronti del concetto di dittatura « nella misura in cui questo mette in conto il principio della eccezione e lo ammette ». Ed è proprio in questo, conclude Kirchheimer, che tale concetto di dittatura si differenzia dagli altri due presenti nella letteratura socialista: quello propriamente di Marx che « aveva poco contenuto politico specifico » limitandosi a individuare analiticamente la legalità intrinseca del processo capitalistico e a indicare « dove ha senso e scopo » la presa del potere da parte dei lavoratori. L'altro, quello dei socialdemocratici, che in realtà non è piú tale, ma una vera e propria utopia, si è praticamente ' dissolto ' nei due processi paralleli del progresso tecnico-economico e politico-umanitario, entrambi a loro volta riassunti nel principio formale definitivo della democrazia parlamentare. Si tratta dell'utopia del ' processo organico ' al quale si contrappone la dittatura bolscevica che invece « non indica un processo organico », giacché il suo carattere di eccezione consiste proprio nel voler preparare le pre-condizioni del socialismo.

Questa lettura della portata epocale della rivoluzione d'Ottobre è sostenuta da una concezione della dittatura evidentemente risalente alla lezione schmittiana e in particolare alla sua concezione della sovranità come specificamente definita dall'eccezione: proprio all'opposto della norma che è relativa solo allo stato di *normalità*, la *veritas* del potere sovrano sta nella a-normalità, nel porre *ordine* al caos, nell'essere confrontato con l'*extremus necessitatis casus*.

Infatti la decisione intorno all'eccezione è decisione in senso eminente, poiché una norma generale [...] non può mai comprendere una eccezione assoluta. Solo questo caso rende attuale la questione relativa al soggetto della sovranità, che è poi la questione della sovranità stessa [...]. Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos, prima, deve essere ristabilito l'ordine: solo allora ha senso l'ordinamento giuridico. Bisogna creare una situazione normale e sovrano è colui che decide in modo definitivo se questo stato di normalità regna davvero [..]. L'eccezione è piú interessante del caso normale. Quest'ultimo non prova

nulla, l'eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell'eccezione.[105]

D'altra parte esaminando il concetto e la natura della dittatura che di fatto coincide col concetto di sovranità (« qualcuno ha detto della dittatura che è un miracolo e lo ha motivato col fatto che in questa sospensione delle leggi statali la si può paragonare con la sospensione delle leggi di natura che avviene nel miracolo »), e dopo aver individuato la distinzione tra *dittatura commissaria* (che « sospende la Costituzione » ma per difendere la medesima nella sua concreta esistenza) e quella *sovrana* (che invece liquida l'ordine esistente e cerca di « creare uno Stato per rendere possibile una Costituzione che giudica come *vera* Costituzione »[106]) proprio nelle ultime righe Schmitt esamina il concetto di dittatura del proletariato. Acutamente egli nota che in Marx ed Engels è rintracciabile un generico uso del termine dittatura allorché nei loro scritti si parla di « dittatura di Lafayette, Cavaignac, Napoleone III come di dittatura del governo, della strada, della stampa, del capitale, della burocrazia », mentre « considerata da una dottrina generale dello Stato, la dittatura del proletariato, identificato col popolo quale transizione ad una condizione economica nel quale lo Stato 'deperisce', presuppone il concetto di una dittatura sovrana qual è alla base della teoria e della prassi della convenzione nazionale del 1893 »[107].

[105] Schmitt, *Teologia politica* cit., pp. 37 ss.
Funzione reciproca di 'normativismo' e 'decisionismo': la decisione ordina il *caos* dopodiché la norma può funzionare: « Ogni norma generale richiede una strutturazione normale dei rapporti di vita » (ivi, p. 39). Con il Marx del *18 Brumaio* si potrebbe commentare: « Raggiunto lo scopo reale, condotta a termine la trasformazione borghese della società inglese, Locke dette lo sfratto ad Abacuc » (Roma 1977, p. 48).

[106] Schmitt, *Die Diktatur* cit., pp. 136-7, il corsivo è mio.

[107] Schmitt ha in diversi passaggi rilevato l'elemento di 'filosofia della storia' che è contenuto nel concetto marxista di 'dittatura': « Nella filosofia di Hegel c'è spazio per una dittatura solo nella misura in cui essa contenutisticamente potrebbe essere il compito storico universale della 'personalità storico-universale' (Napoleone), ma lo Stato che si contrappone e dev'essere liquidato dal dittatore è esso stesso, in quanto negazione, un momento nel processo immanente dell'autorealizzazione dello spirito. Non ne risulta un concetto chiaro di dittatura », ivi, p. 147 e *passim*. Analogamente anche nella *Geistesgeschichtliche Lage* cit., pp. 68 ss. Nel colloquio già ricordato, Schmitt è tornato su questo tema sottolineando la sua sorpresa per il fatto che « i marxisti » non si siano mai accorti di questa sua critica del concetto marxiano di dittatura ma anzi si siano rifatti a lui. Questo problema era stato invece intravisto da H. Freund, *Soziologie und Sozialismus*, Würzburg 1934. Un classico caso di fraintendimento è quello di M. Adler, *La concezione dello Stato nel marxismo*, Bari 1977 e poi quello di A. Gurland, *Marxismus und Diktatur*, Leipzig 1930.

La dittatura è dunque un concetto eminentemente politico che non sopporta riduzioni economicistiche né, come secondo Schmitt avviene nella tradizione marxista, una sua ' dissoluzione ' nella filosofia della storia di matrice hegeliana: infatti, in questo caso, l'essenza della sovranità e cioè della dittatura che consiste in una alternativa radicalmente *immediabile* che si esprime nel *Entweder-oder*, si dialettizzerebbe, come previsto nello schema hegeliano in modo che i termini dell'alternativa verrebbero non ad escludersi reciprocamente ma ad essere ricompresi nella sintesi superiore.

La natura eccezionale del potere sovietico verrebbe allora confermata, secondo Kirchheimer, dal fatto che la sua *essenza democratica* non si lascia ridurre alle forme procedurali che regolano la vita del *Rechtsstaat*. Democrazia e parlamentarismo non solo non coincidono ma anzi tendono a contrapporsi diametralmente: vita e forme entrano in una « opposizione reale ». Lo stesso vale ovviamente anche per il diritto, il cui « carattere integrale », che era andato completamente perduto nell'epoca liberale, totalmente dissolto « nel meccanismo giuridico della democrazia formale », viene ristabilito: « laddove c'è uno Stato sia esso per il suo contenuto democratico, sia esso per forma dittatoriale, il diritto viene emanato in nome di determinate idee di valore ». Cosí impostata l'analisi della rivoluzione russa e definita in tal modo la rottura epocale che essa rappresenta, non dovrebbe risultare difficile comprendere il giudizio che Kirchheimer esprime sulle procedure formali che regolano la vita dello Stato sovietico, e in particolare sul significato e il valore delle elezioni: in nessun caso, egli sostiene, « il loro esito ha un valore in sé, il loro valore sta nel processo elettorale stesso ». Il criterio che le regola è quello della pubblicità. Chi dice « sí », lo dice di fronte all'opinione pubblica, ed è proprio quel « sí », « per il quale lotta il governo sovietico, il valore di integrazione, la coscienza di sentirsi partecipi, del voler esser presenti. Cosí le elezioni russe senza possedere un valore decisionale concreto, si sono conquistate un valore politico specifico, nella misura in cui sono diventate un fattore di integrazione statale ». Quella ' opinione pubblica ' che Schmitt aveva indicato come una delle due condizioni della vita del parlamentarismo liberale ritornerebbe dunque, secondo Kirchheimer, come una caratteristica essenziale del potere sovietico: anche in questo caso, però, sotto la spinta della massificazione non avrebbe piú le caratteristiche della discorsività razionale tipica dell'età liberale. Ma solo quella, invece, che si esprime nel plebiscito: può al massimo *dire di sí* o *dire di no*, ma in sé non ha nessun potere decisionale. A decidere sono soltanto i capi.

5. Cuius regio eius oeconomia [108]: *Weimar Costituzione senza decisione?*

Nel saggio del 1930 *Weimar - e poi?*, unanimemente considerato come la sua opera giovanile piú fortunata, il venticinquenne Kirchheimer stilò la diagnosi di quello che riteneva essere il male oscuro della *Verfassung* weimariana: sviluppando elementi di riflessione già presenti negli scritti precedenti, in parallelo con la discussione di una delle tesi centrali della *Verfassungslehre* schmittiana [109], egli pervenne alla conclusione secondo la quale l'aporia centrale e insuperabile di quella Costituzione consisteva nella sua « mancanza di decisione ». Nel suo essere *ohne Eigenschaften*, senza qualità.

> La Costituzione di Weimar, allo stesso modo di Max Weber che da questo punto di vista non ha assolutamente riconosciuto l'essenza di una Costituzione, ha ritenuto giusto spianare la strada solo a tutti i compiti pensabili rivolti all'amministrazione. Qui però sta l'errore principale, e non correggibile di questa Costituzione: non si è decisa. [112]

Questo drastico giudizio, che fu al centro di una vivace polemica tra i politologi socialdemocratici [113], segna l'inizio della fase della riflessione kirchheimeriana sui temi Costituzione-democrazia-socialismo che si sviluppò fino agli anni dell'esilio mettendo in luce un progressivo mutamento di punti di vista e di approcci tematici, talvolta anche molto lontani da quelli iniziali. In questo saggio, come del resto anche negli altri scritti in quello stesso anno, la struttura della riflessione kirchheimeriana si articola lungo due parallele, ma

[108] « Soprattutto, anche lo *Stato* acquista la sua realtà e la sua forza dal centro di riferimento delle diverse epoche, poiché i temi polemici decisivi dei raggruppamenti amico-nemico si determinano proprio in base al settore concreto decisivo. [...] Nel medesimo Stato non possono esistere due sistemi economici contraddittori; l'ordinamento economico capitalistico e quello comunistico si escludono a vicenda. Lo Stato sovietico ha realizzato la massima *cuius regio eius oeconomia* ». Cfr. Schmitt, *Il concetto di politico* cit., pp. 174-5.

[109] Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), Berlin 1970^2.

[110] Kirchheimer si riferisce alla seguente affermazione di Max Weber: « Non è compito della Costituzione del Reich stabilire il futuro ordinamento economico. Essa deve solamente dare via libera e possibilità a tutti i compiti pensabili che si rivolgono all'amministrazione ». E quindi anche « alla trasformazione dell'economia nel senso della socialdemocrazia» . Cfr. M. Weber, *Der Reichspräsident*, in *Gesammelte politische Schriften* (a cura di J. Winckelmann), Tübingen 1958, p. 499.

[111] Cfr. Schiera, *Max Weber e Otto Hinze*, cit., p. 89. Si vedano a questo proposito anche le osservazioni di O. Hinze, *Der Staat als Betrieb und die Verfassungsreform*, in « Wille und Weg », 18, 1927, pp. 425-30.

[112] Kirchheimer, *Weimar e poi?*, *infra*, p. 82.

[113] Si veda piú avanti.

diverse, direttrici di ricerca: una piú propriamente teorica che definisce il 'dover essere', l'essenza di una Costituzione; l'altra, piú analitica, che discute specificamente 'l'essere' storicamente determinato di quella weimariana, sia in senso formale che in senso materiale [114].

L'orizzonte della ricostruzione storica nel quale Kirchheimer colloca la nascita e la formazione della Repubblica è quello classicamente descritto nelle opere di Arthur Rosenberg [115], con al centro l'ipotesi critica di lettura della transizione senza soluzione di continuità dall'*Obrigkeitsstaat* guglielmino alla Repubblica parlamentare lungo il *continuum* della struttura burocratica e degli apparati militari [116] impersonati da Ludendorff, Hindenburg e Groener. Relativizzando, o almeno rivedendo parzialmente, una precedente valutazione, Kirchheimer muove dalla constatazione che

> il corso del processo ha mostrato che, fin nelle file della USPD, le masse hanno mirato con la rivoluzione solo al rovesciamento della dinastia. Per il resto le loro richieste erano certo caratterizzate fortemente in senso sociale ma complessivamente non andavano oltre il quadro della democrazia borghese. [117]

E però, egli sottolinea, prima che si arrivasse alla formulazione del testo costituzionale da parte degli organismi politico-rappresentativi formalmente legittimati a tale scopo, si era *precostituita* una sorta di informale Costituzione di fatto che non solo aveva anticipato le deliberazioni dell'Assemblea nazionale ma aveva già delimitato e definito le caratteristiche e la natura del futuro compromesso politico. Da una parte, grazie al ruolo svolto, su incarico della massima autorità della Repubblica, nella lotta contro il movimento rivoluzionario spartachista, « il potere militare guidato dagli ex ufficiali im-

[114] Per il concetto di 'Costituzione in senso materiale', cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano 1940; Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1960, p. 71: « La funzione della Costituzione materiale, se rettamente intesa, non può porre questa in antitesi con la Costituzione formale. [...] Solo che la prima non si esaurisce nella seconda ». Il concetto sviluppato dal Mortati presenta determinazioni piú ricche della distinzione lassalliana tra costituzione 'pezzo di carta' e reali rapporti di potere.

[115] Kirchheimer si riferisce esplicitamente solo a A. Rosenberg, *Origini della Repubblica tedesca*, Roma 1947.

[116] Su questo in particolare cfr. Wehler, *L'impero guglielmino* cit., pp. 216 ss.

[117] « She [la Germania *N.d.C.*] will become a capitalist democracy. [...] In some respects she might even become the most progressive capitalist country, but structurally Germany will remain capitalist - until the next opportunity with which history may provide us », Hilferding, *In Search of the Millennium*, cit., p. 245.

periali raggiunse allora un'influenza che piú tardi fu spesso usata per ributtare all'indietro tutta la classe operaia o la cui esistenza fu giocata come un ricatto contro di essa »: con l'accordo Ebert-Groener, l'esercito del Kaiser restato nemico della Repubblica, per usare l'espressione di Lassalle, continuò ad essere « un pezzo di Costituzione » (cosí come lo era « anche *Herr* Borsig »). Dall'altra, già prima che si fosse presa una decisione sul destino della rivoluzione « erano stati stretti legami che per la nascita della Repubblica di Weimar sarebbero diventati della piú grande importanza »: prima e quasi propedeuticamente al patto Ebert-Groener, infatti, nell'ottobre del 1918 con l'accordo tra Stinnes e Legien, poi *ratificato* dal Consiglio dei commissari del popolo, si era dato vita a quella *Zentralarbeitsgemeinschaft*, alla Comunità di lavoro centrale, che stabilí la forma delle future relazioni industriali e quindi anche i *limiti* insuperabili nel processo di rivolgimento sociale. Per tale via, cioè, i sindacati ottennero il riconoscimento dei loro diritti e delle loro funzioni istituzionali che andavano oltre il semplice ruolo di soggetto collettivo nella contrattazione del prezzo della forza-lavoro [118], ma questo solo « formalmente da un atto rivoluzionario, in realtà attraverso un accordo con le organizzazioni dei datori di lavoro ».

Si delinea in questo modo, secondo Kirchheimer, il carattere ' contrattato ' [119] della democrazia weimariana che in quanto basata su dei ' contratti ' e non su delle ' decisioni fondamentali ' dovrà inevitabilmente essere segnata dalla « lotta accanita tra i *partners* contrattuali [120]. La conclusione da trarre non può che essere negativa: il sistema politico-istituzionale della Repubblica è totalmente privo di una propria identità politica e si regge solamente su una legittimazione « con riserva esistenziale » (Schmitt), affidata cioè alla non belligeranza delle parti, giacché in positivo non si basa su nessun programma o decisione comune. Sia essa relativa alla materiale *omogeneità* sociale o a una comunità di valori definita rispetto a un fine (o a un nemico) e capace, quindi, di fondare una identità collettiva politica:

il sistema weimariano risulta cosí sin dall'origine viziato da una carenza di legittimazione [...] Al nodo politico guerra-parlamentarizzazione si

[118] Cfr. G. Vardaro, *Il diritto del lavoro nel ' laboratorio di Weimar '*, cit.
[119] Cfr. Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit. Inoltre cfr. G. Marramao, *Pluralismo corporativo, democrazia di massa, Stato autoritario*, in F. De Felice, G. Marramao, M. Tronti, L. Villari, *Stato e capitalismo negli anni Trenta*, Roma 1979, in particolare pp. 28-9.
[120] L'espressione è di Carl Schmitt.

sovrappone il nodo assai piú impegnativo di democratizzazione e socializzazione.[121]

Progettata quale *Konkurrenzunternehmen*, impresa concorrenziale, rispetto alla rivoluzione russa del '17, la Costituzione di Weimar si rivela, invece, essere nulla di piú che una « unità momentanea degli sconfitti »[122] e al tempo stesso come un « libro dei sogni » nel quale si cerca di « conciliare l'inconciliabile »:

la Costituzione weimariana non aveva alcun principio che, andando al di là della volontà di autoconservazione della nazione, avesse formato in maniera duratura il popolo in una comunità politica del volere.[123]

In questo modo, allora, essa anziché essere ' messa in forma ' del conflitto, definizione complessiva e ultima di determinate regole in funzione di *chances* politiche anche alternative, si rivela come un ' armistizio ', campo di tensione non della dinamica della trasformazione ma del *Bürgerkrieg* latente nel quale deve necessariamente degenerare il pluralismo sociale e il ' politeismo dei valori ', mentre la democrazia formale diviene « forma sotto la quale si celano i piú contrapposti principi politici ». Non a caso la nascita della Costituzione di Weimar è avvenuta sotto il segno di « quel compromesso ' che sostiene lo Stato ' tra borghesia e socialdemocrazia ».

La borghesia ritenne necessario questo compromesso solo finché credette di non poter fare a meno della socialdemocrazia per il mantenimento del suo Stato. La democrazia del compromesso si è mutata nella democrazia dei campi nemici.[124]

A questa Costituzione « fondata sui contratti », Kirchheimer contrappone l'idea di una ' Costituzione con decisione ' o Costituzione *tout court* che non è mai solo e semplicemente « base organizzativa dell'esistente »: senso ed essenza di ogni vera Costituzione che segni dunque un reale punto di svolta nel processo di evoluzione politica è quello di contenere ed esprimere un determinato *progetto*, un programma di azione in nome del quale « deve avvenire l'organizzazione di un nuovo ordine sociale ». È, al tempo stesso, proclamazione e realizzazione di una *Grundentscheidung*, di una decisione fondamentale. E se la segreta pretesa di ogni Costituzione è quella ' alla durata ' allora il vero enigma che essa dev'essere in grado di poter risolvere, il problema col quale sempre essa torna ad esser

[121] Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., p. 18.
[122] Kirchheimer, *Realtà costituzionale*, *infra*, p. 38.
[123] *Ibid.*
[124] Id., *L'articolo 48*, *infra*, p. 99.

confrontata e col quale deve fare i conti è la possibilità-capacità di « trovare una forma per quel processo eternamente continuo in cui la volontà si impadronisce della realtà ». Esattamente, dunque, l'opposto di quella di Weimar che restò il libro delle possibilità perché volle in qualche modo non-decidere, non scegliere tra le infinite istanze che cercò solo di giustapporre: « essa sulla realtà non poté decidere perché chi conosce tutte le possibilità non ha piú volontà verso il reale »[125].

La strategia della non decisione dei padri della Costituzione weimariana consistette, secondo Kirchheimer, esattamente nell'aggirare il problema di ciò che costituisce l'essenza della Costituzione: il programma politico di azione. Essi infatti si accontentarono di sostituirlo con istituzioni costituzionali democratiche: per quella weimariana risultò esser valido ciò che della Costituzione francese del 1795 disse Lorenz von Stein: « il suo carattere fu che non sostenne nulla ma consentí tutto ». Ma una Costituzione liberal-democratica quale principio organizzativo di un paese poteva, per Kirchheimer, funzionare a metà del secolo scorso, in un'età caratterizzata « da un numero relativamente significativo di cittadini interessati politicamente e non semplicemente alla politica come affare, e di una stampa ancora relativamente indipendente dal punto di vista economico ». Ma quest'età borghese è finita: e con essa istituzioni memorabili quali lo Stato di diritto, la *Bildung* borghese, l'indipendenza dei giudici e la libertà di stampa che hanno perduto « il loro contenuto di senso proprio attraverso le specifiche condizioni di vita del sistema economico capitalistico ». E poiché non solo storicamente nei fatti, ma anche in via di principio e metodologicamente la inseparabilità del settore politico da quello economico ha « messo in discussione l'autonoma forza di azione delle istituzioni democratiche », solo un nuovo contenuto potrebbe rivitalizzare la democrazia. *Il socialismo.* Per questo, conclude Kirchheimer, si può dire che la Costituzione di Weimar ha « compiuto e svuotato » la forma dello Stato di diritto borghese nella misura in cui ha sviluppato dei contrappesi costituzionali verso quella che era stata la « premessa di principio dello Stato di diritto fino ad oggi, il dominio assoluto dell'ordinamento sociale borghese »: la forma dello Stato di diritto è ormai definitivamente « vuota ». E allorché si è cercato di rivitalizzarla proponendola quale contenuto di una nuova Costituzione si è solo guardato all'indietro.

Non c'è dubbio che, anche in questo caso, il punto di riferimento teorico di Kirchheimer sia rappresentato dalla riflessione schmittiana e, in particolare, dalla sua critica della Costituzione weimariana svi-

[125] Id., *Il problema della Costituzione* e *Realtà costituzionale*, *infra*, pp. 33-6 e 37-44.

luppata nella *Verfassungslehre*. Nel suo ragionamento come al solito brillante e ' occasionalista ', Schmitt procede utilizzando, anzi sintetizzando in funzione polemica, le due correnti di pensiero che dal Seicento si contrappongono nella storia della teoria politica moderna: quella democratico-statalista e quella liberal-individualista. Hobbes e Rousseau da una parte e Locke e Kant dall'altra, i maestri e gli allievi. Attraverso la prima, di derivazione classico-aristotelica, egli definisce il concetto di sovranità e di democrazia, con la seconda i ' limiti ' del potere politico rispetto ai ' diritti fondamentali ': e grazie a questa contrapposizione egli punta a mettere in risalto l'intima contraddizione della Costituzione di Weimar e in particolare le aporie tra prima e seconda parte.

Schmitt, giustamente, contro Kelsen, distingue la *Verfassung* dalla *Norm*, l'atto costitutivo del ' corpo politico ' che « nasce dal nulla » dalle regole del suo funzionamento:

L'essenza della Costituzione non è contenuta in ogni legge o in ogni norma. Prima di ogni normazione c'è una decisione politica fondamentale del soggetto del potere costituente, cioè, nella democrazia, il popolo. [126]

L'insieme di norme che compongono il testo della Costituzione dipendono o. meglio ' valgono ' « in forza dell'esistente volontà politica, di colui che la fa ».

Alla base della legalità c'è dunque il fondamento della legittimità che è prodotta da una *decisione esistenziale* del potere costituente *vero* e nel caso di Weimar « il popolo tedesco in quanto una nazione e cioè una unità nella sua esistenza politica cosciente e in grado di agire » [127]. Espressione di questa « *grundlegende politische Entscheidung* » (decisione politica fondamentale) sarebbero per Schmitt la scelta per la democrazia, per la Repubblica, per il *Rechtsstaat* e per una forma rappresentativa parlamentare del legislativo e del governo. Insomma la scelta operata ' dal popolo tedesco ' è per lo Stato di diritto classico con i suoi principi: la tutela dei diritti fondamentali e la divisione dei poteri. Essendo tali ' decisioni ' *Daseinsformen*, forme di esistenza, che investono il popolo e costituiscono la sostanza della Costituzione, questa « non consiste in una somma di singole determinazioni senza connessioni e modificabili ai sensi dell'articolo 76 che i partiti della

[126] Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 23. Non è possibile in questa sede sviluppare il raffronto tra la *Grundnorm* kelseniana e la *Grundentscheidung* di cui parla Schmitt.

[127] Ivi, p. 60.

coalizione di Weimar [128] sulla base di qualche 'compromesso' abbiano inteso immettere nel testo, [ma] sta solo in questa decisione totale del popolo tedesco ». La conseguenza che Schmitt ne trae è che se è certamente vero che « la Costituzione può essere cambiata » ciò non significa però che « le decisioni politiche fondamentali che rappresentano la sostanza della Costituzione possano essere in ogni momento abrogate dal Parlamento e sostituite con alcune altre [...]. Il potere di revisione costituzionale dell'articolo 76 non è affatto onnipotente ». Ad esempio, sottolinea Schmitt, facendo ricorso a un'iperbole solo apparentemente convincente, « il Reich tedesco non può da una maggioranza dei 2/3 del Reichstag essere trasformato in una monarchia assoluta o nella Repubblica sovietica » [129].

La conseguenza ovvia che ne deriva Schmitt è che la prima parte della Costituzione, quella cioè scritta da Preuss e detta organizzativa, contiene l' 'essenza' della decisione sovrana che è sempre sottesa a una Costituzione, esprima cioè la 'Costituzione in senso materiale' che sostiene o legittima quella formale, il « pezzo di carta » (*Blatt Papier*) di cui parla Lassalle. Non è un caso che essa non contenga nessun « compromesso dilatorio » [130] ma abbia invece dato risposte chiare alle « decisive questioni politiche — nell'anno 1919: monarchia o repubblica?, democrazia costituzionale o dittatura consiliare? — che non potevano essere e non furono aggirate ».

Dunque un insieme di 'supervalori', in quanto decisioni fondamentali, che non possono essere né modificati né rimessi in discussione: il potere del sistema giudiziario nasce qui e cioè nella facoltà di vincolare il Parlamento, che non è piú istanza sovrana alla quale è infatti sopraordinata la *Grundentscheidung*, al rispetto di questi limiti invalicabili. La scelta decisiva è per lo Stato di diritto ma la 'forza' di questa scelta supera lo stesso potere del sovrano.

Al contrario, invece, la seconda parte, quella cioè relativa ai « diritti e doveri fondamentali », si rivela fondata su tutta una serie di 'compromessi dilatori', ricorrendo ai quali si è cercato di non prendere nessuna decisione sui temi piú scottanti: « la seconda sezione della Costituzione di Weimar mostra nelle definizioni relative ai *Grundrechte und Grundpflichten* (diritti e doveri fondamentali)

[128] A seconda dei casi Schmitt parla ora di 'potere costituente' ora di 'coalizione di Weimar'.

[129] Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., pp. 23 e 26. Si veda inoltre la polemica di Schmitt contro Thoma sui 'limiti' ai possibili mutamenti della Costituzione.

[130] Schmitt distingue (ivi, pp. 31-2) tra « veri compromessi » che sono decisioni vere e concrete, e « compromessi falsi, apparenti, dilatori » che caratterizzerebbero, in particolare, la seconda parte della Costituzione. Contro questa distinzione polemizza Kirchheimer in *Weimar - e poi?* (*infra*, p. 64).

dei tedeschi un *Mischcharakter* ». Ad esempio la grande alternativa tra ordine sociale borghese o socialista è superata grazie a un ' compromesso dilatorio ' che, invece, il deputato socialista Katzenstein definí « uno stadio intermedio tra le concezioni borghesi e quelle socialiste » [131]. Al contrario, dunque, di quanto sostenuto da Naumann (« la piú recente Costituzione del presente, quella russo-bolscevica del 5 luglio del 1918 è la concorrenza diretta alla Costituzione che noi oggi prepariamo » [132]), Schmitt ritiene che l'Assemblea nazionale di Weimar non abbia condiviso il *pathos* politico di questa idea « per cui si arrivò alla giustapposizione di principi di diversa natura, a " un compromesso di programma tra frazioni " dal carattere misto » [133].

Dunque Weimar non è una ' Costituzione senza decisione ', ma semmai una Costituzione rispetto alla cui decisione fondamentale risulta contraddittorio il ' rinvio della decisione ' rappresentato, secondo Schmitt, programmaticamente dalla seconda sezione: che è in sé autocontraddittoria e in contraddizione con la prima sezione. Questo è il punto decisivo nel quale Schmitt compie un vero e proprio ' salto mortale ' teorico. Il punto è l'analisi dell'articolo 153 quello cioè relativo al diritto di proprietà e ai suoi limiti. Dopo aver fondato il *Wesen* della Costituzione nel suo carattere di decisione di un popolo, Schmitt sostiene, ricorrendo a una classica argomentazione liberale, la natura pre-sociale e pre-statuale dei ' diritti fondamentali ' che, come in precedenza per la *Grundentscheidung*, divengono intangibili:

I diritti fondamentali nello Stato di diritto borghese sono solo quei diritti che possono valere quali diritti pre e superstatali [...]. Dati prima dello Stato sono riconosciuti e difesi [...] non sono beni giuridici ma sfere della libertà, dalla quale risultano diritti e cioè diritti di difesa. [134]

In questo senso essi non possono che essere diritti naturali e personali e mai ' richieste sociali ' giacché « diritto di coalizione, diritto di sciopero o di serrata non sono diritti di libertà nel senso dello Stato di diritto borghese », come del resto « di altra natura sono i diritti dei cittadini » cioè quelli cosiddetti democratici. Ma, proprio per questo, questi due ultimi non « possono essere illimitati e secondo la loro struttura logica e giuridica sono l'opposto dei

[131] Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 30 e p. 162. Schmitt cita dal testo stenografico del dibattito in seno all'assemblea costituente.

[132] *Ibid.*

[133] Ivi, p. 162.

[134] Ivi, p. 163. Schmitt in questo caso argomenta in modo rigidamente garantista.

diritti fondamentali e di libertà », per cui è errato definirli *Grundrechte*. Giacché questi ultimi vincolano il legislatore, mentre gli altri sono frutto della legislazione e possono essere limitati, o aboliti. Se la Costituzione di Weimar « non contenesse nient'altro che compromessi dilatori, il suo valore sarebbe certamente illusorio ». Ma nel fatto che essa abbia preso « chiaramente e univocamente le decisioni politiche fondamentali sulla forma politica e i principi dello Stato di diritto borghese consiste, *giuridicamente* e *politicamente, la sostanza della Costituzione di Weimar* » [135].

Un passaggio ulteriore e il cerchio si chiude: Locke trionfa su Rousseau che a sua volta aveva funzionato da strumento critico del ' formalismo ' kelseniano. Uno degli aspetti piú rilevanti della spregiudicatezza schmittiana è la sua capacità di giocare per cosí dire, circolarmente, e al di fuori di qualsiasi coerenza teorica, spezzoni di tradizioni teoriche tra loro contraddittorie: il momento plebiscitario contro il formalismo del *Rechtsstaat*, il liberalismo contro la democrazia.

Il centro della seconda parte della Costituzione weimariana era rappresentato dall'articolo 153 che, al tempo stesso, *garantiva* e *limitava* la proprietà. Si tratta cioè del vero compromesso attorno al quale si è costruita l'esperienza dello Stato sociale nella versione socialdemocratica. Non dunque il diritto di proprietà *in sé* era messo in discussione quanto semmai la sua *funzione* che si voleva definire in relazione ad obiettivi sociali, anche per delimitarne l'effetto di dominio politico. Su questo punto si accese lo scontro decisivo tra un'interpretazione estensiva dei poteri della società (e dello Stato) e la lettura restrittiva che la magistratura sviluppò ricorrendo alle argomentazioni di Martin Wolff [136] e di Carl Schmitt [137]. Secondo la tesi di quest'ultimo, infatti, nell'articolo 153 verrebbe alla luce una contraddizione insuperabile, giacché da un lato si riconoscerebbe al diritto di proprietà il carattere di ' diritto fondamentale ' e dall'altro si cercherebbe di limitarlo togliendo cosí, o almeno riducendo, quello che è l'essenza stessa dell'istituto della proprietà, la sua caratteristica fondamentale: *l'arbitrio illimitato nel potere di*

[135] Il corsivo è nostro.

[136] Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 172. Schmitt fa sua la definizione di Wolff che aveva, in una sentenza del 1923, parlato a proposito del diritto di proprietà di « *Herrschaftsbelieben* ». Cfr. Luthardt, *Bemerkungen* cit., p. 16.

[137] Un ruolo enorme ebbero i « *Gutachten* » di Schmitt a proposito della discussione sul concetto di ' espropriazione '. Su questo, molto importante il saggio di Kirchheimer del 1930 *Die Grenzen der Enteignung. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Enteignungsinstituts und zur Auslegung des Art. 153 der Weimarer Verfassung*, Berlin 1930, non compreso in questa antologia. Inoltre Neumann, *Mutamenti di funzione della legge* cit.

disposizione. Dunque, secondo Schmitt, la seconda parte dell'articolo (« la proprietà è *garantita* dalla legge. Il suo contenuto e i suoi limiti *risultano* dalle leggi ») « sta in contraddizione con il diritto fondamentale giacché il contenuto di un vero diritto fondamentale, per esempio quello della libertà personale, non deriva dalla legge ma è dato prima di essa ». Non può trattarsi di « una garanzia costituzionale di un vuoto nome », al contrario è un vero e proprio « riconoscimento di un principio, *giacché non può darsi uno Stato di diritto borghese senza proprietà privata e la Costituzione di Weimar vuol essere una Costituzione di uno Stato di diritto borghese* » [138]. In tal modo, come ebbe acutamente ad osservare Neumann,

> con un interessante paradosso, questa analisi antidemocratica, intesa a minimizzare il significato dei diritti fondamentali, li sopravvaluta nello stesso tempo enormemente, trasformandoli in baluardi a difesa della proprietà privata contro la interferenza dello Stato, e assegnando ad essi una funzione costituzionale del tutto estranea alla tradizione tedesca. [139]

Questo fondamentale postulato liberistico (e garantistico) che attraversa tutta l'opera di Schmitt è una delle possibili chiavi di lettura di molte sue posizioni, spesso caratterizzate da un atteggiamento ' nostalgico ': dall'analisi del Parlamento alla critica violenta contro lo ' Stato totale '. E non è certo un caso che egli nel 1932, in una delle sue repentine svolte, arrivasse a delineare nel suo discorso davanti al *Langnam Verein* dal significativo titolo *Uno Stato forte e un'economia solida*, le linee del compromesso politico tra l'economia e il futuro Stato nazista [140]. Quello che comunque in questo contesto ci preme mettere in luce, prima di riprendere l'esame delle tesi kirchheimeriane, è il nesso costruito da Schmitt tra ' decisione ' che fonda la Costituzione, e un determinato ordinamento socio-economico. Lo Stato di diritto è forma della società borghese, tutto il resto è compromesso dilatorio. Si tratta cioè di una sorta di ortodossia liberistica che non riesce neppure a immaginare la possibilità, poi concretamente verificatasi nel compromesso stretto tra socialismo e mercato negli anni Trenta, che non sia la secca alternativa tra di-

[138] Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 172. Quindi si tratta solo apparentemente di un ' compromesso dilatorio '. Si veda inoltre la decisiva annotazione di p. 35 nella quale Schmitt discute le critiche a Weimar « da un punto di vista socialista radicale ».

[139] Neumann, *Behemoth* cit., p. 62.

[140] Su questo cfr. ivi, p. 66; H. Heller, *Autoritärer Liberalismus*, in « Die neue Rundschau » (XXXXIV Jg. der Freien Bühne), I Bd., 1933, pp. 289-98; Perels, *Kapitalismus und politische Demokratie* cit., pp. 73 ss. e soprattutto I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München 1976, pp. 130 ss.

ritto di proprietà, inteso nella sua pienezza classica, o esproprio, tra latenza della guerra civile o Stato autoritario.

Dovrebbero ora risultare piú evidenti i punti di contatto e le differenze tra l'analisi schmittiana e quella kirchheimeriana: in generale si può dire che, anche in questo caso, Kirchheimer tenti una sintesi tra Schmitt e Marx e, in particolare, tra la critica specifica di Schmitt alla Costituzione di Weimar e quella che Marx aveva *en générale* sviluppato alla ' forma ' costituzionale in una società borghese. Ne risulta una singolare oscillazione di posizioni, probabilmente dovuta anche a questo intersecarsi di livelli d'analisi. Detto altrimenti, non risulta sempre ben distinto in Kirchheimer se la definizione di ' Costituzione senza decisione ' descriva l'aporia immanente a *ogni* Costituzione o se invece essa si riferisca specificamente a quella di Weimar, se la Costituzione ' senza decisione ' del '19 sia uno specifico risultato storico di determinate situazioni e di determinati comportamenti tattico-politici, come la stessa analisi di Kirchheimer porta spesso a ritenere, o se invece sia solo l'esempio di un genere. Tale irrisolta difficoltà logico-teorica si riverbera nella stessa struttura formale del saggio *Weimar - e poi?* che si caratterizza per la giustapposizione di affermazioni generali, quasi dottrinarie, ad analisi specifiche, spesso molto acute degli istituti e del funzionamento del sistema costituzionale [141]. Da un lato, dunque, Kirchheimer ricorre all'analisi di Marx della Costituzione francese del 1848 e, in particolare, al concetto di « contraddizione che tutto abbraccia » (*umfassender Widerspruch*) alla quale « le Costituzioni attualmente vigenti in parte o completamente soggiacciono ».

O per esse non vi è alcun problema per la democrazia sociale, come ad esempio per la Costituzione degli Stati Uniti e per le Costituzioni del secolo scorso, oppure esse considerano certo la democrazia sociale come compito, come la Costituzione tedesca e austriaca del dopoguerra, ma non aiutano a sufficienza i loro principi a imporsi. [142]

' Senza decisione ', dunque, non è allora solo la Costituzione di Weimar ma anche quella austriaca e quindi *ogni* Costituzione post-

[141] In particolare si vedano le analisi sviluppate in *Weimar - e poi?* relativamente alla distinzione tra ' sfera direttiva ' il cui funzionamento è rigidamente sottomesso alle leggi del sistema capitalistico e ' sfera distributiva ' nella quale « fanno sentire il loro peso i rapporti di potere politico interno esistenti tra lavoratori e capitale » e nella quale il governo funziona da *clearing-house*, da ' filtro ' delle domande sociali. Questa impostazione ricorda, e non solo terminologicamente, quella di recente sviluppata da Claus Offe. Di rilievo anche la tesi, sempre sviluppata nel saggio del 1930, sulla « legalità a due livelli » dello Stato di diritto.

[142] Kirchheimer, *Weimar - e poi?*, p. 52.

liberale che preveda, cioè, nelle forme del *Rechsstaat* la coesistenza di « diversi principi organizzativi »: ovvero forme miste di economia o strutture di democrazia economica che secondo il loro principio « dovrebbero limitare il potere dell'imprenditore quale proprietario dell'azienda »:

la funzione socio-politica dei consigli doveva ridurre il potere di comando dell'imprenditore all'interno dell'azienda, quella politico-economica doveva essere il nesso per controllare il potere di disposizione dell'imprenditore sul mercato [...]. In nessun modo però doveva essere leso dalla legge sui consigli d'azienda il potere di valorizzazione del proprietario contenuto nel diritto di proprietà, né sminuito il suo diritto all'oggetto di proprietà stesso. [143]

Avvicinandosi ad un « modo di pensare comunista » come gli rinfaccerà Neumann, Kirchheimer tende a far coincidere ' decisione ' con ' socialismo ', con superamento della ' contraddizione oggettiva '. Né è un caso che Kirchheimer allorché vuole addurre degli esempi storici faccia riferimento o alla rivoluzione russa o alle « grandi e famose Costituzioni della Francia degli anni Novanta del XVIII secolo [che] stanno all'inizio di un determinato ordine di cose umane » che è l'ordine borghese.

Come dunque Schmitt aveva ' economicizzato ' la ' decisione esistenziale ' che fonda la *Verfassung* costruendo il nesso tra Stato di diritto e proprietà, cosí Kirchheimer, almeno a questo livello, si limita a rovesciare specularmente le conclusioni ' politiche ' dell'impianto analitico schmittiano: anche in questo caso l'essenza politica della Costituzione viene fatta coincidere con un ordinamento socio-economico [144]:

il tragico destino della Costituzione di Weimar fu che al suo atto di nascita non si levò nel proletariato tedesco la forza di volontà che avrebbe [...] realizzato il compito della creazione di una democrazia socialista.

D'altra parte, però, nell'opera di Kirchheimer coesiste con questo tipo di approccio anche un diverso e piú fruttuoso tentativo di

[143] E. Fraenkel, *Zehn Jahre Betriebsrätegesetz*, in « Die Gesellschaft », n. 2, 1930, p. 121.

[144] Nel saggio del 1933 *Riforma costituzionale e socialdemocrazia* in una nota (cfr. *infra*, p. 190) Kirchheimer rileva che nel saggio del 1930 lo squilibrio tra ordinamento legale e reali rapporti di potere « trova la propria soluzione non tramite una trasformazione dell'ordinamento statale, bensí per mezzo di una riforma della distribuzione del potere economico ». Cioè ammette implicitamente di aver fatto coincidere immediatamente i ' rapporti di potere ' con quelli connessi alla distribuzione del ' potere economico '.

ricerca che, come all'inizio abbiamo brevemente ricostruito, individua i tratti specifici della debolezza della Costituzione di Weimar nella sua ' impoliticità ' e nel suo carattere ' contrattato ':

la Costituzione di Weimar, attaccata da destra dai nazionalisti, dai nazionalsocialisti e dai liberali reazionari, e da sinistra dai comunisti, rimase un fenomeno meramente transitorio per i socialdemocratici, un primo passo verso un piú grande e migliore futuro. Ma un progetto transitorio non poteva suscitare molto entusiasmo. [145]

Nel 1933 Kirchheimer tornò in un breve scritto [146] a riesaminare la nascita e la morte della Repubblica di Weimar. Tenendo presente l'impianto del saggio del 1930 e le categorie con le quali egli aveva impostato la sua analisi, risultano abbastanza evidenti punti di continuità e momenti di ripensamento legati tanto alla concreta esperienza storica quanto, anche, alle influenze della discussione che si sviluppò negli anni successivi. Vale la pena sottolineare che questo saggio di Kirchheimer presenta numerosi punti di contatto ed elementi comuni con le tesi che sullo stesso tema svilupperanno tra la fine degli anni Trenta e la metà degli anni Quaranta altri politologi socialdemocratici emigrati come Neumann e Kahn-Freund [147].

Lo schema proposto da Kirchheimer è in parte quello già presente nel suo *Weimar - und dann?*: la nascita del ' gabinetto ombra ' composto da socialdemocratici, cattolici e liberali che dà vita alla coalizione di Weimar e si assume il peso di firmare la pace di una guerra che altri, i futuri nemici di Weimar, avevano voluto e perso. Patto tra soggetti sociali e parallelo sviluppo della democrazia parlamentare sulla base dell'accordo dell'ottobre del 1918 Legien-Stinnes che rese poi possibile quello Gröner-Ebert: questo atto di

[145] Cfr. Neumann, *Behemoth* cit., p. 49. Quindi nella posizione riformistica classica, al di là degli opportunismi o dei tatticismi, restava una lettura strumentale della Costituzione. Come, del resto, l'iperstatalismo delle posizioni socialdemocratiche weimariane è ulteriore conferma di una posizione sostanzialmente ortodossa.

[146] O. Kirchheimer, *The Growth and the Decay of the Weimar Constitution*, in « The contemporary Review », n. 144, 1933, pp. 559 ss.

[147] Kahn-Freund, *Autobiographische Erinnerungen an die Weimarer Republik*, cit.; Id., *The Weimar Costitution*, in « The political Quarterly », vol. 15, 1944. Neumann è ritornato in diverse occasioni a discutere le cause della crisi di Weimar, in particolare nel *Behemoth* cit. e prima ancora in *I mutamenti di funzione della legge* cit., in *Herrschaft des Gesetzes* e in altri brevi articoli della seconda metà degli anni Trenta. La sua posizione, radicalmente diversa da quella che egli aveva sostenuto contro Kirchheimer nel 1930 (vedi piú avanti), riprese numerosi elementi contenuti in *Weimar - e poi?* anche se mai in modo totale e comunque con molte oscillazioni.

formale riconoscimento dell'esistenza e del ruolo dei sindacati, sottolinea Kirchheimer, rappresentò « una concessione di importanza enorme » ma anche un grave danno per il futuro democratico della Germania. Per quanto riguarda poi il ruolo e il peso della casta militare, un confronto con la terza Repubblica francese mostra chiaramente che in alcuni momenti storici si arriva all'alternativa tra « salvaguardia della Repubblica e subordinazione dell'esercito o mantenimento della condizione privilegiata dell'esercito al rischio della Repubblica » [148]. Il senso della Costituzione di Weimar che '*embodied*' la filosofia del liberalismo democratico, di cui Preuss era l'espressione piú classica, urtò tanto contro l'enorme potere della macchina burocratica prussiana, sulla quale era stato costruito il *Reich* bismarckiano, quanto sulle spinte centrifughe prodotte dai contrasti religiosi e locali. A questo, che riguarda piú propriamente la prima parte organizzativa, si aggiunse l'idea tipicamente neumanniana di rispondere alla sfida dei tempi dando vita ad un *social State* che « garantiva la libertà individuale e la proprietà » ma al tempo stesso attribuiva allo Stato particolari compiti e diritti, ipotizzando una condizione di parità tra lavoratori e imprenditori. In tal modo la Costituzione di Weimar '*embodied*' anche il postulato della parità decisionale sulle condizioni di lavoro e di produzione.

Ma a partire dal 1924, secondo Kirchheimer, iniziò un lento ma rilevante processo di trasformazione degli equilibri istituzionali mentre, si era mancato di colpire il nemico mortale della Repubblica, e cioè i grandi proprietari fondiari [149]. Questo mutamento di struttura si palesò come un progressivo slittamento del ruolo e delle funzioni decisionali a favore del presidente e ai danni di un Parlamento ridotto al ruolo di notaio delle decisioni altrui.

Facendo propria un'impostazione molto simile a quella sviluppata da Fraenkel e profondamente diversa da quella del saggio del 1930, Kirchheimer rivela un maggiore interesse per la dinamica e le contraddizioni del sistema politico, e per i riflessi che su di esso hanno determinate 'potenze' sociali o economiche *immediatamente* rappresentate dai partiti nel sistema politico. Cosí egli non parla piú in generale di una 'Costituzione senza decisione' ma semmai analizza un sistema politico-istituzionale le cui regole di funzionamento contraddicono e ostacolano fortemente le stesse idee guida della carta costituzionale, favorendo un ipertrofico ruolo politico della burocrazia.

E cosí, mentre le competenze del Parlamento si riducono progressivamente, avendo tra l'altro come conseguenza che « psicolo-

[148] Kirchheimer, *The Growth and the Decay* cit., p. 560.
[149] Ivi, pp. 559-60.

gicamente la passività del Parlamento contribuí ad accrescere il disappunto della popolazione nei suoi confronti », la difficoltà delle decisioni legate a defatiganti trattative spostò il baricentro del sistema a favore del presidente. La vera struttura portante della Costituzione, « the frame of the Constitution », diventa la burocrazia, che tra l'altro esprimeva ideologicamente e socialmente, la magistratura che si è progressivamente arrogata la funzione di ' supercontrollore ' della costituzionalità delle leggi e dell'operato parlamentare. A questo si deve aggiungere che « la rigidità del sistema partitico tedesco combinata con la crescente concentrazione del potere economico » determinò una forma di governo basata su accordi corporativi e compromessi partitici:

in questo sistema di governo fatto di accordi economici e sociali e compromessi partitici dietro il sipario, il significato pubblico del Parlamento era destinato a diminuire.[150]

E mentre gli equilibri sociali si trasformano profondamente rispetto alle condizioni iniziali, la burocrazia assume crescentemente il ruolo di ' conciliatrice ' degli interessi « adempiendo cosí a quella che era l'originale funzione del Parlamento ».

A differenza di certe sue precedenti conclusioni Kirchheimer assegna in questo saggio un particolare ruolo politico alla ' centralità del Parlamento ' che, come nell'analisi fraenkeliana, viene ad assumere un valore strategico per il movimento operaio. Ovviamente tale centralità, o meglio la dimostrazione della sua ' impossibilità ' a Weimar, indica, secondo Kirchheimer, non solo che essa non è data in quanto semplice precetto costituzionale, ma che la dinamica stessa delle trasformazioni sociali e dei processi di differenziazione *naturalmente* tendono ad aggirare tale primato della democrazia rappresentativa a favore di compromessi interpartitici o di forme di governo neocorporatiste. La crisi del 1929 e la fine della *grosse Koalition* che portò al potere Brüning, segnarono una svolta irreversibile, un punto di non ritorno nella crisi:

ma prima della depressione economica non sarebbe stato del tutto impossibile per la Germania democratica superare tutti i *checks and the original misconstructions* del suo sistema partitico e realizzare la domanda popolare di chiare decisioni in campo economico e sociale.[151]

A partire dal 1930 si sviluppa un sistema di potere extraparlamentare organizzato attorno al *Reichspräsident*: e mentre nel caso di Ebert[152] esisteva una sorta di equilibrio instabile delle forze,

[150] Ivi, p. 563.
[151] *Ibid.*
[152] Nel saggio dedicato all'analisi dell'articolo 48 e dei mutamenti del si-

anche per l'ostilità pregiudiziale degli apparati burocratico-giudiziari verso un presidente socialdemocratico e per il peso del Parlamento, che se non altro *controllava le decisioni*, lo sviluppo in senso dittatoriale delle funzioni previste dall'articolo 48 portò a « un sistema di legislazione che lasciava completamente il Parlamento fuori gioco [*out of the game*] [...] e violava lo spirito e la lettera della Costituzione » [153].

6. *Weimar - e poi? Intanto Weimar! Le obiezioni dei critici*

La diagnosi kirchheimeriana della *Verfassung* di Weimar quale ' Costituzione senza decisione ' suscitò da parte di altri politologi socialdemocratici e marxisti tutta una serie di obiezioni. Tale discussione assunse, inoltre, un rilievo ancora maggiore perché si inserí nel dibattito accesosi nella ricorrenza del decimo anniversario della promulgazione del testo costituzionale. In tal modo la polemica attorno allo scritto di Kirchheimer acquistò un valore al tempo stesso paradigmatico e metaforico: non solo infatti venivano a confronto due posizioni teoriche e politiche nell'ambito della sinistra radicalmente divergenti sulla valutazione del rapporto tra analisi della forma Stato e strategia di trasformazione sociale. Ma in parallelo, ecco il senso metaforico, la risposta a Kirchheimer si definiva quale linea di resistenza contro i processi di involuzione isti-

stema costituzionale, Kirchheimer (vedi *infra*, p. 99) nota giustamente che la rottura dell'equilibrio di compromesso weimariano avvenne sui casi di applicazione dell'articolo 48 che fino al 1930 « negli anni del dopoguerra e dell'inflazione [mai] ebbe luogo contro la volontà dichiarata della socialdemocrazia tedesca ».

[153] Kirchheimer, *The Growth and the Decay* cit., p. 564. Nel saggio in precedenza citato G. Vardaro conclude la sua analisi del dibattito tra i giuslavoristi weimariani sostenendo la tesi secondo la quale Weimar è « il luogo di nascita della cultura giuridico-sindacale e di quell'ipotesi ' corporatista ' che, depurata di ogni valenza ideologica fascista, sembra ancor oggi destinata a restare una delle ultime speranze della democrazia ». Ora, se questa constatazione è indiscutibile da un punto di vista storico, lo è invece da quello politico. Tanto in riferimento a Weimar quanto alla situazione attuale. Molto piú convincente l'equilibrata osservazione di G. E. Rusconi in *Introduzione* a Maier, *La rifondazione dell'Europa borghese*, cit., pp. 10-1: « se è vero che il sistema corporatista è la ' struttura della stabilità ' e la Germania incarna in modo precipuo tale struttura, perché proprio Weimar si rivela il sistema democratico piú precario? [...] Il Parlamento infatti non è semplicemente la piazza d'armi dello scontro degli interessi, è anche il luogo della regolamentazione di questo scontro. In Germania il sistema si mantiene ' pluralista ' sintantoché il Parlamento riesce a stabilire determinate regole e garanzie ».

tuzionale (siamo nel 1930, all'inizio cioè della fase Brüning) che cercavano la propria legittimazione in una lettura riduttiva e polemica della Costituzione ' legale ' a favore della dilatazione dell'interpretazione ' libera ' delle norme. Esemplare in questa direzione è la funzione che vennero ad assumere i tribunali e la giurisprudenza in genere che aggirarono i vincoli posti dalle leggi ricorrendo a una posizione antiformalistica in nome della ' realtà concreta ': « per pervenire ad una soluzione soddisfacente del contenzioso, non bisogna affatto procedere dalle prescrizioni del codice civile, bisognerebbe piuttosto tenere presenti i rapporti sociali » [154].

In una breve recensione apparsa sulla « Bücherwarte » [155], Arkadij Gurland discutendo lo scritto di Kirchheimer gli mosse due ordini di critiche tra loro apparentemente contraddittorie. Lo accusò, infatti, di essere rimasto prigioniero del formalismo giuridico e al tempo stesso di riproporre una posizione di pericolosa indifferenza verso il ruolo e il valore delle istituzioni democratiche e legali nella lotta di emancipazione della classe operaia.

Kirchheimer tenta di mettere in luce il significato per la classe operaia degli attuali problemi della forma statale repubblicana e del parlamentarismo. Le sue riflessioni sulla nascita della Repubblica, tendenzialmente giuste, sono però incomplete. [156]

Al centro dello scritto di Kirchheimer c'è il tentativo di dimostrare che il nodo « problematico del parlamentarismo » è in ogni caso quello di essere sempre legato a « questioni di potere » (*Machtfragen*). Secondo Gurland, « non c'è dubbio che valga la pena mostrare sulla base di concrete analisi storiche » la validità della tesi secondo la quale questioni costituzionali sono questioni di potere » (*dass Verfassungsfragen Machtfragen sind*); ma la riflessione di Kirchheimer si limiterebbe però a fare delle sommarie constatazioni senza verificare il proprio ragionamento nel concreto svolgimento degli accadimenti politici nella storia della Repubblica:

[154] Da una sentenza del *Reichsgericht* citata in Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 33. Sulla evoluzione e la funzione della *Freirechtsschule*, ivi, pp. 19-20. Inoltre molto piú estesamente F. Neumann, *Die Herrschaft des Gesetzes*, cit., pp. 329 ss.; Id., *Mutamenti della funzione della legge*, cit., pp. 283 ss. Ovviamente le posizioni antiformaliste dei giuristi italiani e tedeschi di sinistra della fine degli anni Sessanta non avevano neppure il benché minimo ricordo degli esiti prodotti negli anni Venti dal rinvio contro le norme alla ' ricchezza ' della vita.

[155] A. Gurland, recensione di *Weimar - und was dann?*, in « Bücherwarte », Heft 9, 1930, pp. 135-6.

[156] Ivi, p. 136.

in tal modo l'iniziativa, certo meritevole, di porre i problemi della Costituzione e della politica costituzionale alla luce della ricerca sociologica, purtroppo viene troppo presto abbandonata e al posto della ricerca sociologica vengono in primo piano astrazioni non sempre giustificate che testimoniano del modo di pensare formalistico dell'autore.

L'aspetto che preme a Gurland rilevare è che se pure

il *formale* che gli[157] preclude la visione della molteplicità dell'accadere storico non è il *diritto* ma l'*astrazione ' potere ', il cui effetto agisce su di lui per il medium delle dottrine di Carl Schmitt*, [questo] non cambia nulla all'erroneità metodologica del suo ragionamento.[158]

Il formalismo, dunque, di cui sarebbe prigioniera l'analisi di Kirchheimer è di una qualità, per cosí dire, nuova e certo non consueta nell'orizzonte della dottrina giuridica di sinistra. Si tratterebbe, infatti, di una eccessiva, ipertrofica dilatazione della categoria, della *Macht* (potere) lontana quindi dal tradizionale ' formalismo ' del revisionismo giuridico classico, alla Renner, ma anche, però, dalla lezione marxista, che ha la propria *verità* nel primato della dinamica socio-strutturale sulle forme: Kirchheimer, dunque, sarebbe rimasto impigliato, in ultima istanza, in una particolare posizione giuridica. Quella antimaterialistica e antinormativista di Carl Schmitt. La paradossale conseguenza è che questo iperpoliticismo[159] si capovolge, sul piano strategico dell'azione operaia, in una pericolosa e discutibile sottovalutazione degli istituti di democrazia politica. Tale modo di ragionare, infatti, « senza che lui lo voglia lo induce a considerare come piú che indifferenti per la classe operaia la configurazione del diritto elettorale, la struttura del sistema parlamentare ed altro. Ma ciò non è soltanto falso ma anche politicamente estremamente pericoloso »[160].

La conclusione della recensione critica di Gurland suona estremamente drastica: non solo lo scritto di Kirchheimer non avrebbe dovuto essere pubblicato in una collana che ha il compito di formare giovani socialisti[161] ma una discussione su di esso ha senso solo se può servire a superarne i gravi limiti nel senso di « sollecitare la

[157] A Kirchheimer.

[158] Il corsivo è nostro.

[159] « Chiamiamo iperpoliticismo una dottrina che consideri fondamentale, rispetto alle altre forme del pensiero e dell'azione, l'operare politico. [...] Crediamo che Schmitt rientri in questa caratterizzazione »: F. Valentini, *Introduzione* a Schmitt, *La dittatura*, cit., pp. XXV-XXVI.

[160] Gurland, *op. cit.*, p. 136.

[161] Il saggio di Kirchheimer era infatti apparso nella « *Jungsozialistische Schriftenreihe* », E. Laubsche Verlagsbuchhandlung di Berlino.

illuminazione sociologica di un ambito di problemi che da Marx certo sono stati trattati in modo ampio ma che dalla teoria marxista sono stati invece troppo trascurati ». Kirchheimer, invece, rimane troppo spesso fermo alla superficie e i risultati della sua ricerca, che « lasciano del resto a desiderare anche in chiarezza », sono « fortemente influenzati dalla moderna dottrina borghese dello Stato con la sua ammirazione acritica del fattore ' potere ' nel fascismo e nel bolscevismo » [162].

Di ben altra portata, anche se altrettanto polemiche, furono le repliche formulate da Franz Neumann e Hermann Heller per respingere politicamente e teoricamente le tesi di Kirchheimer. Meno esplicita ma forse ancor piú incisiva fu la controanalisi del valore e dei limiti della Costituzione di Weimar sviluppata da Fraenkel che proprio in quegli anni frequentava il seminario di Carl Schmitt con Kirchheimer, del quale divenne il principale antagonista nel dibattito che, tra il 1930 e la fine del 1932, si sviluppò anche nella SPD sul tema della *riforma costituzionale* [163].

Lo scritto nel quale Franz L. Neumann fa diretto e critico riferimento alla diagnosi kirchheimeriana porta un titolo certo non casuale: *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar* [164]. La costruzione neumanniana si presenta anche come risposta all'analisi schmittiana relativa al *Widerspruch* tra prima e seconda parte della Costituzione che, come abbiamo visto, Kirchheimer aveva solo rifunzionalizzato politicamente ma non criticamente superato; e al tempo stesso, come un tentativo, un abbozzo di definizione del problema della *Verfassung* a partire da un punto di vista critico-rivoluzionario. Su come sia possibile innovazione e trasformazione sociale nel rispetto del *Rechtsstaat*, ovvero evitando il *Bürgerkrieg* e impedendo che le spinte alla trasformazione

162 Ovviamente Gurland ha presenti anche gli scritti precedenti di Kirchheimer.

163 Schmitt nel saggio *Freiheitsrecht und institutionelle Garantien* del 1931, ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., a p. 168 ricorda che la sua attenzione sul valore dello scritto di K. Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Tübingen 1929 (trad. it., Bologna 1981) era stata richiamata dai « dottori Franz Neumann e Otto Kirchheimer durante il mio seminario di dottrina costituzionale dell'estate 1931 alla Handels-Hochschule di Berlino ». D'altra parte E. Fraenkel in una nota a *Abschied von Weimar?* (in Id., *Zur Soziologie* cit., p. 58) approfitta per « ringraziare il prof. Schmitt per avergli consentito di poter prendere parte al suo seminario di dottrina dell'estate del 1931 ».

164 F. Neumann, *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung* (1930), in *Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930-1954*, a cura di A. Söllner, alla cui introduzione rinviamo con particolare riferimento alle pp. 12-9.

sociale e alla rottura delle compatibilità socio-economiche debbano necessariamente portare alla rottura della legalità.

Torna conseguentemente in primo piano il quesito sul valore e sul significato dei *Grundrechte*. Il giudizio, dice Neumann, ha sempre oscillato tra due contrapposte valutazioni: la prima, della sinistra, fin troppo ottimistica, li ha entusiasticamente esaltati; la seconda, tipica della destra e della magistratura (che si è avvalsa di un ricorso estensivo del diritto di controllo divenendo in tal modo il ' sovrano segreto ' della Repubblica), « ha dapprima quasi completamente negato il significato giuridico dei diritti fondamentali e poi li ha minimizzati totalmente [vedendo] in essi semplicemente frasi non vincolanti di principi programmatici del potere costituente » [165].

A tale interpretazione si sarebbe associato anche Kirchheimer allorché ha cercato di dimostrare che « i diritti fondamentali rappresentano un miscuglio di inconciliabili decisioni politiche di valore » (*ein Sammelsurium unvereinbarer politischer Wertentscheidungen*), dal limitato significato giuridico e dai quali non risulterebbe « una chiara decisione di valore della Costituzione » [166]. Dopo aver lamentato il ritardo da parte della sinistra nell'esame del significato del *Grundrechte* [167] e premesso che è certamente possibile una divaricazione tra « contenuto giuridico di validità » delle norme costituzionali e loro « fattuale contenuto di validità » (anticipando cosí in via di ipotesi di lavoro quella che spesso era una obiezione pregiudiziale) Neumann entra nel merito della discussione toccando tutta una serie di temi. In primo luogo egli contesta la tesi schmittiana, formalistica e fortemente segnata dal retaggio di posizioni liberali, secondo la quale il carattere prestatuale dei diritti fondamentali li renderebbe intangibili: il quesito è se sia possibile considerare la Costituzione di Weimar come una Costituzione semplicemente ' libe-

[165] Ivi, p. 57.

[166] *Ibid.* Il riferimento a Kirchheimer è solo indiretto. Neumann infatti si riferisce a una non meglio specificata posizione « dei giovani socialisti ».

[167] « Se prescindiamo dal breve lavoro di Hermann Heller la teoria dello Stato di parte socialista fino ad oggi non ha fatto nulla per dare fondamento al concreto contenuto giuridico della seconda parte della Costituzione di Weimar » (ivi, p. 74). Nel *Behemoth*, Neumann amplierà ulteriormente questa sua critica alla ' teoria dello Stato socialista ': « La teoria costituzionale socialista non riuscí a sviluppare una dottrina specificamente socialista. (Essa concordava con Carl Schmitt nella sua condanna della Costituzione di Weimar per la sua mancanza di decisione) » (p. 63). In nota Neumann definisce « eccellente il libriccino di Otto Kirchheimer » e prende invece le distanze sia da Heller che dai suoi precedenti scritti. Il giudizio di Neumann su Weimar ha conosciuto diverse svolte e in generale si può dire che il suo iter intellettuale è stato in qualche modo inverso a quello di Kirchheimer.

rale' e quale sia il grado di « compatibilità dei diritti fondamentali con la costruzione democratica del Reich ». Storicamente, dice Neumann, come hanno dimostrato tanto Rousseau quanto Marx, l'origine liberale e *non* democratica dei diritti fondamentali, e in primo luogo di quello di proprietà, renderebbe incompatibili i diritti di libertà con un principio di organizzazione dello Stato in senso democratico o socialista. Ma la novità della Costituzione di Weimar consiste esattamente nel fatto che in essa e secondo le sue intenzioni « i diritti fondamentali però non sono piú completamente costruiti dai diritti di libertà prestatali » [168]. La conseguenza piú rilevante che discende da questa constatazione è la possibilità di replicare efficacemente a quelle posizioni che, emblematicamente rappresentate dalla *Verfassungslehre* schmittiana, cercano di impedire che si sviluppi una dinamica di trasformazione sociale in nome di pretese « decisioni complessive » che, quasi « supervalori costituzionali », vengono sottratte alla competenza del Parlamento, il quale in tal modo si trova ad essere da essi vincolato e, al tempo stesso, subordinato cosí al controllo dei giudici.

Per questo, è sbagliata la dottrina pur straordinariamente ricca di Carl Schmitt, secondo la quale anche con un mutamento costituzionale non potrebbero venir cambiate decisioni politiche generali che il popolo tedesco avrebbe preso nella sua Costituzione, e in particolar modo proprio quelle decisioni politiche generali che sarebbero ancorate nelle rilevanti determinazioni dei diritti fondamentali, perché altrimenti la Costituzione abrogherebbe se stessa. [169]

E questo, anche a prescindere da una argomentazione piú strettamente dommatica, almeno per due motivi di carattere storico e politico generale. Siccome la Costituzione di Weimar è, almeno in gran parte, opera della classe operaia rappresentata « nella commissione costituente da esperti in campo giuridico-costituzionale quali Sinzheimer e Katzenstein » sarebbe ben strano che essa non si proponesse altri obiettivi che non quelli di salvaguardare la libertà e la proprietà della borghesia. Al contrario invece, il progetto, l'idea centrale da cui fu mosso il patto costituzionale era quello di realizzare una ' democrazia sociale ': in particolar modo gli articoli relativi alla ' Costituzione dell'economia ' [170] « contengono i fondamen-

[168] Neumann, *Die soziale Bedeutung* cit., p. 60.

[169] *Ibid.*

[170] Il ' compromesso ' weimariano si basava tra l'altro su una ridefinizione del concetto di proprietà privata o meglio sul suo mutamento, sostenuto da Sinzheimer e Renner, di funzioni. Invece la posizione classica « muove dall'idea che il concetto di proprietà del diritto borghese è un concetto centrale e indivisibile che si può ben comparare con quello di sovranità » (ivi, p. 72).

ti per la costruzione di uno Stato sociale di diritto il cui fine è la realizzazione della libertà sociale »[171]. La pericolosità politica della tesi sostenuta da Schmitt, prosegue Neumann, consiste allora non solo e non tanto nella interpretazione restrittivo-liberale del significato della seconda parte della Costituzione ma soprattutto nell'ipotesi di ' super-valori costituzionali ' immutabili che avrebbe conseguenza disastrose per la stessa democrazia:

se fosse corretta la concezione di Carl Schmitt allora un ulteriore sviluppo oltre la Costituzione di Weimar, sia in avanti verso il socialismo sia indietro verso lo Stato di diritto puramente borghese, sarebbe impossibile sulla base dello Stato di diritto. La dottrina di Carl Schmitt obbliga alla rivoluzione se si desidera un perfezionamento della Costituzione.[172]

Si tratta di una obiezione radicale e di vasta portata che sarà ancora piú chiaramente e incisivamente sviluppata da Hermann Heller: la dottrina di Carl Schmitt costruita « in funzione del caso estremo » (*Ernstfall*)[173], che qualcuno può anche ' sognare ' di riproporre come forma della rivoluzione radicale, presuppone *insieme* l'immodificabilità del sistema dei diritti e la impotenza del sistema istituzionale democratico-pluralista a governare le trasformazioni, le quali hanno sempre le caratteristiche della ' guerra civile ' piú o meno latente[174]. Per questo, conclude Neumann,

è compito centrale della teoria socialista dello Stato sviluppare e concretamente illustrare il positivo contenuto sociale della seconda parte della Costituzione di Weimar. [...] Se Kirchheimer nel suo titolo che assai decisamente si avvicina a modi di pensare comunisti, si chiede « *Weimar - e poi?* », la risposta potrebbe suonare cosí: *intanto Weimar!*[175]

Nel breve articolo intitolato *Libertà e forma della Costituzione*[176], Hermann Heller sviluppò la sua polemica contro « i nostri eroico-estetizzanti rivoluzionari romantici di destra e di sinistra » che definiscono la Costituzione di Weimar « un compromesso marcio e

[171] « Die Grundlagen für den Aufbau eines sozialen Rechtsstaates, dessen Ziel die Verwirklichung der sozialen Freiheit ist »; ivi, p. 70.
[172] Ivi, p. 60.
[173] Questa definizione è di Smend; cfr. R. Smend, *Integrationslehre*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1968, p. 480.
[174] Si vedano i riferimenti in questo senso sviluppati nella recensione scritta da J. Habermas, a proposito dell'opera di R. Koselleck, *Critica e crisi della società borghese*, Bologna 1972, in « Merkur », XIV-147, 1960, e intitolata *Verrufener Fortschritt - Verkanntes Jahrhundert.*
[175] « Erst einmal Weimar! », Neumann, *Die soziale Bedeutung* cit., p. 74.
[176] H. Heller, *Freiheit und Form in der Verfassung*, in « Die Justiz », 5, 1929-30, pp. 672-7.

senza forma tra Stato di diritto monarchico-liberale e democrazia politico-sociale »[177] avendo per obiettivo una dittatura pur « diversa per contenuto », e per ideale « un potere incontrollato che senza freni ma perciò anche arbitrariamente può agire sul cittadino »[178]. Per rispondere a tali posizioni occorre elaborare un concetto di *Verfassung* adeguato e « domandarsi quale sia l'essenza e il compito di una Costituzione nella vita storico-sociale »[179]. Ovviamente, sostiene Heller, una Costituzione statale sia essa scritta o meno è sempre

la norma fondamentale [*Grundnorm*] e dunque la forma politica fondamentale [*Grundform*] della collaborazione delle potenze sociali [*des Zusammenwirkens der gesellschaftlichen Mächte*] nell'ambito di un popolo. Essa è, come una volta disse Hegel, la struttura del potere statale e cosí al tempo stesso, però, secondo una nota definizione di Lassalle, l'espressione dei reali rapporti di potere.[180]

Non è dunque un « foglio di carta » e neppure l'ideale norma giuridica a stabilire il « valore o disvalore » di una Costituzione:

decisivo è solamente intanto quali rapporti di potere sociali reali una Costituzione ammette, approva o respinge e rispetto a quali futuri rapporti di potere essa è conforme.

Ogni Costituzione è nata « dal caos creativo di una rivoluzione » ed è, fino ad un certo punto, « passato irrigidito ». Il valore di una Costituzione, allora, consiste precisamente e soltanto in ciò: se essa è in grado di controllare e di assumere la « dinamica delle forze » trasformatrici.

Buona è una Costituzione, dunque, sempre solo se lascia libertà alle forze del popolo che plasmano il futuro, e lascia libertà per la futura forma politica.[181]

Si delinea dunque, in tal modo, quale ' valore ' ed essenza della *Verfassung*, questa dialettica tra forma ' formata ' e libertà che dà forma. Questa tensione in cui eternamente si trovano « la forma dell'unità e la libertà della molteplicità » si rivela come ineliminabile:

[177] Ivi, p. 675.
[178] *Ibid.* E aggiunge: « Essi dichiarano, in curioso accordo, la divisione dei poteri e i diritti fondamentali della Costituzione come pregiudizi sopravvissuti dello Stato di diritto borghese ».
[179] Ivi, p. 672.
[180] *Ibid.*
[181] *Ibid.*

la Costituzione piú completa sarebbe quella nella quale questo necessario rapporto di tensione di libertà e forma fosse abolito e la forma politico-sociale venisse accettata liberamente da tutti i membri.[182]

Questo è l'ideale al quale tendono la filosofia sociale di Fichte e di Marx: ma « per una concezione storico-sociologica dello Stato restano però libertà e forma, individuo e comunità in un rapporto di tensione *eterno* anche se storicamente pur sempre mutevole »[183].

Solo le società fortemente omogenee ' spiritualmente e socialmente ', quali in fondo le prefigurano a ' destra ' la critica di Schmitt e a ' sinistra ' quella di Kirchheimer, possono pretendere di dar vita a una *totalità* che ricomponga forma e libertà: ma « solo epoche statiche », sottolinea Heller, « che conoscono una comunità di valore e di volontà politico-religiosa e sociale attribuibile alla generalità, si avvicinano ad un tale ideale di Costituzione »[184]. Al contrario la dinamica dello sviluppo e del conflitto, specifica dell'epoca borghese moderna, è « assai lontana da una omogeneità socio-spirituale ». Capitalismo e secolarizzazione, disincanto dal mondo e politeismo dei valori, hanno svelato come utopia reazionaria il tentativo di imporre « con decreti giuridici » una tale comunità di valori. Per questo il vero problema di ogni Costituzione, e quindi dello Stato moderno, diviso in classi e dalle diverse e conflittuali concezioni di valore, è l'equilibrio instabile tra *forma* e *libertà*: tra ordine totale e senza conflitto, e guerra civile.

Giacché un ' troppo poco ' di forma significherebbe in fondo la ' rivoluzione permanente ' di Trockij, una guerra civile che annienterebbe la civiltà e che neppure il popolo russo, per non parlare degli europei, potrebbe sopportare.[185]

La funzione della *Kultur* e del complesso delle regole del *Rechtsstaat* consiste dunque nel rendere possibile il pieno dispiegamento del conflitto entro i rigorosi confini oltre i quali la convivenza civile si dissolve e con essa la stessa società. Non si tratta dunque di contrapporre forma a libertà, Stato e norme a lotta e mutamento, eterne, immodificabili decisioni a autodissoluzione della *Verfassung*, ma di ipotizzare una *legittimazione* della lotta e del conflitto proprio nella misura in cui esso viene *legalizzato* e posto quale motore del processo di trasformazione-innovazione. La ' non decisione ' della Costituzione, almeno da *questo* punto di vista è sua moder-

[182] Ivi, p. 673.
[183] *Ibid.*, il corsivo è nostro.
[184] *Ibid.*
[185] *Ibid.*

nità, progetto aperto di dare transitoriamente forma alla libertà dei soggetti in lotta. D'altra parte, prosegue la densa analisi di Heller,

> un ' troppo poco ' di libertà, come esemplificato nel caso della dittatura fascista della quale, con un orgoglio anche politicamente non proprio comprensibile, Mussolini ha detto che piú volte è passata sul corpo mezzo decomposto della dea libertà, una tale Costituzione impedisce alle forze che vogliono dar forma al futuro una superiore forma politica. [186]

Per questo la strategia bolscevica tende a trasformarsi in lotta senza quartiere e senza regole, mentre la dittatura fascista si irrigidisce in una forma senza vita destinata ad esplodere d'un colpo sotto la spinta delle contraddizioni in via di principio negate o rimosse.

Dovrebbe ormai risultare abbastanza chiaramente delineata la portata e l'asse di critica sviluppata da Heller in difesa della *Verfassung ohne Entscheidung*: se è ' buona ' la Costituzione che realizza « la forma storicamente necessaria » in quanto « porta in forme, che rendono possibile la civiltà, la lotta storicamente inevitabile », allora, nell'essenza stessa, le critiche rivolte a quella weimariana risultano infondate. E non soltanto quelle piú volgari che le rimproverano di essere un parto del ' crollo » del II Reich o del tradimento a favore dell'*Entente*:

> particolarmente raffinati e dotti appaiono quei critici di destra e di sinistra che rimproverano alla Costituzione di Weimar un *deficit* di stile, sottolineano la mancanza di spirito unitario e le rimproverano di non aver preso decisioni politiche fondamentali ma di averle, invece, evitate ed aggiornate. [187]

Ma questa constatazione di per sé non vuol dire nulla. Anzi, aggiunge ironicamente Heller in chiara polemica con Schmitt,

> non bisogna certo essere un acuto teorico dello Stato per scoprire le contraddizioni nella seconda parte della Costituzione del Reich, dedicata ai diritti fondamentali e ai doveri fondamentali.

Ognuno vi può infatti individuare principi capitalistici e socialisti, garanzie per il ceto medio, per gli imprenditori e per gli arti-

[186] *Ibid.* Heller ha sviluppato, in altri saggi, una importante analisi del fascismo sia da un punto di vista politico sia da quello piú strettamente istituzionale: cfr. *Rechtsstaat und Diktatur*, Tübingen 1930; *Was bringt uns eine Diktatur*, in « Das Reichsbanner. Zeitung des Reichsbanners Schwarz-Rot-Gold », 6, n. 18, 1929, pp. 137-8 e infine *Europa und der Faschismus*, Berlin 1931.

[187] Heller, *Freiheit und Form* cit., p. 674.

giani, come anche alcune profonde differenze d'ordine politico-culturale. Rovesciando la diagnosi schmittiano-kirchheimeriana, Heller rivendica il valore di questo compromesso che è al tempo stesso rispecchiamento dei « reali rapporti di forza » e garanzia di *chances* per i diversi gruppi o potenze sociali.

Che facilmente sulla paziente carta si sarebbe potuto decretare una economia socialista o una libera da tutti i legami pubblici e i carichi sociali, è altrettanto certo quanto il fatto che questi decreti sarebbero rimasti sulla carta. [188]

Nessuno infatti, né tanto meno una Costituzione, è in grado di decretare la scomparsa del ceto medio o degli imprenditori o della coscienza politica dei lavoratori. *Pluralismo sociale* e *pluralismo culturale* costituiscono l'essenza della Costituzione perché sono un dato reale: le contraddizioni non sono nella o della Costituzione ma nella realtà e « lí esse debbono in primo luogo essere superate e il fatto che la nostra Costituzione ci offra la libera possibilità del loro superamento, questo è proprio la sua migliore qualità » [189].

Non c'è dubbio che questa posizione di Heller, di fatto sostenitrice della ' indecidibilità ' complessiva, sotto molti aspetti convincente e certo molto piú sofisticata e moderna di quelle critiche, falsamente disincantate, all'indecisione della Costituzione weimariana, si espone a sua volta all'accusa di razionalismo astratto e di sottovalutazione della dinamica reale che di fatto storicamente ha messo in luce l'impotenza delle regole democratiche a governare, a dare forma alla contraddizione [190]: se è dunque falsa la diagnosi che fa risalire le aporie di Weimar alle contraddizioni *interne* al suo testo costituzionale, altrettanto formalistica si rivela, in ultima istanza, una posizione quale quella di Heller che ritiene di poter controllare completamente la dinamica reale nella misura in cui essa *si rispecchia* nel testo costituzionale o meglio nell'infinita dialettica di forma e libertà [191]. Heller e Schmitt, in questo, sono molto

[188] Ivi, p. 675.

[189] *Ibid.*

[190] Cfr. l'annotazione di M. Cacciari in riferimento a Rathenau, pertinente in questo contesto: « Questo ' dialettico riconoscersi ' di grande capitale e movimento operaio fonda, in Rathenau come in tutto il liberalismo post-bismarckiano tedesco, la possibilità della nuova *Verfassung* », in *Walther Rathenau e il suo ambiente*, saggio introduttivo a una raccolta di scritti e di discorsi politici di Rathenau del 1919-1921, Bari 1979, p. 15.

[191] Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., p. 25: « Lungi dal far discendere la precarietà di un sistema sociale e politico dalla sua Carta costituzionale, è necessario leggere questa stessa alla luce delle forze sociali e politiche che l'hanno espressa. La Costituzione weimariana [...] non è adeguata ad interpre-

piú affini di quanto probabilmente essi stessi potessero immaginare: e se ha ragione Heller a ricordare [192] a Schmitt che *politica* deriva da *polis* e non da *polemos*, è anche vero che, se non sempre, pure in determinate circostanze, essa si risolve totalmente nella relazione amico-nemico rispetto alla quale le *forme* possono, ma non necessariamente debbono, essere in grado di esercitare la loro funzione di ' incivilimento '.

Del resto, e certo non casualmente, l'analisi di Heller si conclude con una presa d'atto tanto realistica quanto velleitaria. Infatti dopo aver ribadito la sua tesi secondo la quale l'essenza dello Stato è « una unione di volontà [*Willensverband*] dominata da determinate potenze sociali » [193], secondo una definizione che troverà nella *Staatslehre* il suo approfondimento piú rilevante [194], e che « la forma politicamente aperta della Costituzione di Weimar » sembra essere quella piú adeguata ad affrontare e a realizzare il progetto di uno Stato sociale di diritto (*sozialer Rechtsstaat*) [195], conclude tornando a riproporre quanto già il vecchio Engels aveva scritto nel suo saggio del 1895 ed era diventato quasi un luogo comune in tutto il socialismo di sinistra [196], cioè con la considerazione della possibilità, sia pure a fini di difesa della legalità costituzionale, del ricorso al *Bürgerkrieg*:

noi sappiamo molto bene che non si assicura uno Stato solamente con le schede elettorali e noi dimostreremo praticamente questa conoscenza allorché gli ideologi della violenza dovessero tentare un attacco violento. Allora difenderemo la Costituzione di Weimar, se necessario con le armi in pugno! [197]

Il paradosso della ' rivoluzione legale ' grazie alla quale fu liqui-

tare i rapporti sociali ed economici esistenti che deve legittimare e portare a ragione politica ».

[192] Heller, *Freiheit und Form* cit., p. 675.

[193] Ivi, p. 676.

[194] H. Heller, *Staatslehre*, Leiden 1963, ma il manoscritto inedito fu abbozzato da Heller prima della sua morte avvenuta nel 1933. Sulla sua opera si veda il fondamentale saggio di W. Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, Köln und Berlin 1968, e J. Blau, *Zu einer sozialdemokratischen Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, in « Demokratie und Recht », n. 2, 1976, pp. 120 ss.

[195] L'opera di Heller è stata posta in connessione con l'elaborazione della socialdemocrazia tedesca nel secondo dopoguerra e in particolare con la svolta di Bad Godesberg. Cfr. in particolare J. Fijalkowski, *Hermann Heller und die Staatsdiskussion heute*, in « Die neue Gesellschaft », n. 6, Jahrgang 21.

[196] Un tipico esempio è offerto dal saggio di O. Leichter, *Ende des demokratischen Sozialismus?*, Wien 1932.

[197] Heller, *Freiheit und Form* cit., p. 677.

data la Costituzione di Weimar [198] spiazzò sia la teoria dello ' stato d'eccezione ' di Schmitt sia la visione evolutivo-lineare di Heller.

Un particolare rilievo assume in questo contesto il saggio di Ernst Fraenkel intitolato *Addio a Weimar?* apparso sulla rivista « Die Gesellschaft » nel 1932 [199]. Esso infatti presenta due notevoli caratteristiche. È una sorta di bilancio della discussione sulla Costituzione che aveva diviso i politologi socialdemocratici, e in primo luogo una vera e propria risposta a Kirchheimer, ma alla luce dei successivi mutamenti intervenuti nel corso dei processi di crisi politica e sociale che avevano segnato la vita della Repubblica tra il 1930 e il 1932. Dopo cioè il fallimento dell'esperimento Brüning [200] e la definitiva paralisi dei meccanismi democratici di decisione.

Sviluppando elementi di analisi e spunti teorici già presenti in due suoi precedenti e importanti saggi [201], Fraenkel prova a formulare una diagnosi delle contraddizioni politiche e sociali che sembrano avviare la situazione verso un inarrestabile punto di non ritorno, con l'obiettivo di individuare possibili meccanismi di controtendenza da far agire a difesa della legalità democratica. Come si vedrà successivamente, non è un caso che egli fu l'unico ad impegnarsi seriamente nella ricerca di un superamento del tradizionale, e paralizzante ', ' pregiudizio ' del primato della riforma sociale quale risposta alla crisi della democrazia, arrivando a ipotizzare un uso progressista e ' di sinistra ' della ' riforma istituzionale ' per rimuovere le cause che condannavano il Parlamento alla paralisi a favore del potere esecutivo e delle forze burocratiche [202].

Prendendo spunto dalla dichiarazione di governo pronunciata da von Papen alla sua entrata in carica, Fraenkel mette in luce come

[198] L'analisi piú convincente di parte socialdemocratica del fenomeno fascista è senza dubbio quella offerta dal saggio di R. Löwenthal, pubblicato sotto lo pseudonimo di Paul Sering nel 1935 e ora compresa nella antologia curata e introdotta da R. De Felice, *Il fascismo*, Bari 1970.

[199] E. Fraenkel, *Abschied von Weimar?*, in *Zur Soziologie* cit., pp. 57 ss.

[200] « La Repubblica borghese, sorta in Germania nel 1918 ad opera della classe operaia, mentre la borghesia ne aveva combattuto o debolmente appoggiato la nascita, crollò nel 1930 quando i suoi destini passarono nelle mani della borghesia, non essendo piú la classe operaia abbastanza forte per proteggerla »: A. Rosenberg, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., p. 223. Si tratta di una valutazione solo parzialmente condivisibile che sottovaluta le possibilità politiche allora ancora presenti. Per un'analisi e un giudizio piú equilibrati cfr. Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., in particolare cap. 12: *L'importanza socialdemocratica di fronte al governo presidenziale Brüning*.

[201] E. Fraenkel, *Zehn Jahre Betriebsrätegesetz*, in « Die Gesellschaft », n. 2, 1930, pp. 36-48 e *Die Kollektive Demokratie* cit. Oltre a *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., apparso nel 1927 nella stessa collana nella quale poi Kirchheimer pubblicò il suo saggio del 1930.

[202] Su questo tema torneremo piú avanti.

la discussione politica si sia eccessivamente concentrata sul significato e la portata della espressione '*Wohlfahrtsstaat*', e abbia dedicato invece una insufficiente attenzione alle conseguenze contenute nell'annuncio che da allora in poi si sarebbe posto termine alla « parità tra forze marxiste e forze non marxiste in Germania ». Per l'esattezza l'espressione un po' piú sfumata usata da Von Papen suonava nei termini seguenti: « La purezza della vita pubblica non può venir salvaguardata o ripristinata lungo la via del compromesso in nome della parità ». Secondo Fraenkel questo abbandono dell'idea di parità è l'esplicito segnale di « una rottura con il sistema vigente [...] sul quale riposa l'ordine di Weimar »[203].

Dopo aver ricostruito i limiti della trasformazione realizzatasi nel 1918-19, che essenzialmente si lascia riassumere nella conquista della parità da parte delle forze « non protestanti, non prussiane e non imprenditoriali », e non già come aveva sostenuto Carl Schmitt, che nella *Verfassung* aveva letto solo la *Grundentscheidung* « nella volontà di difesa del bolscevismo »[204], Fraenkel ridefinisce, alla luce del compromesso realizzato dalle forze della 'coalizione di Weimar', i termini nuovi nei quali, anche rispetto alla classica analisi di Marx, si presenta la 'contraddizione' della Costituzione:

È chiaro che l'azione congiunta di contenuto politico della Costituzione e forma democratica della formazione della volontà statale doveva generare complicazioni che sono particolarmente difficili da risolvere se le forze destinate all'equilibrio paritetico sono differenti numericamente, mentre invece il potere reale dei soggetti di questi movimenti è differente quanto a forza. L'esperimento di Weimar consisteva appunto in ciò, e cioè, nonostante la diversità numerica ma anche di natura di queste forze, di raggiungere tra loro un equilibrio mantenendo l'eguaglianza aritmetica dei voti nel procedimento elettorale democratico.[205]

In tal modo il 'paradosso della democrazia' viene a delinearsi come asimmetria reciproca tra *potenza reale* o socio-economica e *potenza numerica*, tra maggioranza di fatto e maggioranza formale, tra eguaglianza di diritto e diseguaglianza in senso materiale. Questo è il vero, nuovo campo di tensione del sistema democratico che quindi inevitabilmente non può non appoggiarsi o basarsi su un compromesso: tra Prussia e altri Länder, tra protestanti e cattolici ma soprattutto tra imprenditori e lavoratori. Da questo punto di vista, proprio perché l'eguaglianza formale prevista dalla *Kopfzahldemokratie*, dalla democrazia del numero delle teste, deve astrarre

[203] Fraenkel, *Abschied von Weimar?*, cit., p. 57.
[204] Ivi, p. 58.
[205] Ivi, pp. 58-9.

« dalla qualità sociale » dei voti, un principio di giustizia sociale entrerebbe in conflitto con l'idea stessa della democrazia politica che è appunto formale perché indifferente alla diversità. Per tale via si delinea una situazione completamente nuova nella quale la salvaguardia di vecchi istituti assume una dimensione diversa. In particolare per quanto riguarda l'ordinamento economico e del lavoro la Costituzione, pur salvaguardando l'antico principio liberale, « se per liberale si intende l'ordine automatico economico e sociale non influenzato dall'intervento dello Stato »[206], puntava, a differenza dalla precedente età liberale, a dar vita a un ordinamento del lavoro collettivo che « doveva essere prodotto da forze autonome dallo Stato ma non dallo Stato stesso [...] solo che al contrario dell'ordine economico liberale le premesse sono da cercare nell'ordinamento collettivo del lavoro appunto: non nella garanzia dei diritti di libertà di tipo individuale ma nella garanzia della formazione della volontà collettiva »[207]. L'edificio costituzionale weimariano si presenta pertanto come fondato su uno ' scambio politico ' tra soggetti sociali, tra *partners* organizzati della ' vita economica ' registrato dallo Stato al quale deve inevitabilmente corrispondere nel ' cielo della politica ' un compromesso tra forze politiche:

Appunto come nell'ambito dell'accadere sociale il relativo ordinamento sociale doveva essere realizzato attraverso compromessi, cosí nella vita politica doveva essere trovato il compromesso tra i partiti sulla cui collaborazione era costruito lo Stato di Weimar.[208]

206 Ivi, p. 62. In questo la posizione di Fraenkel si differenzia notevolmente dal consueto statalismo socialdemocratico.

207 *Ibid.* Fraenkel è senza dubbio uno dei piú rilevanti teorizzatori del ' compromesso ' socialdemocratico che troverà espressione nella *Wirtschaftsdemokratie* il cui presupposto è l'abbandono della tesi ortodossa poi ripresa dalla Terza Internazionale secondo la quale l'essenza del socialismo è l'integrale « espropriazione degli espropriatori ». In particolare cfr. *Zehn Jahre* cit., p. 121.

208 Fraenkel, *Abschied von Weimar?*, cit., p. 63. In un passo precedente (p. 61) l'autore aveva sottolineato che l'accordo Ebert-Gröner aveva ' politicamente ' sanzionato quello tra le parti sociali stipulato tra Stinnes e Legien. L'importanza fondamentale di questi accordi era stata immediatamente rilevata e positivamente sottolineata da Max Weber quale unica forma possibile della coesistenza di forze politiche rappresentanti interessi sociali opposti: « La sola prestazione di rilievo dell'epoca della rivoluzione è fino ad ora l'accordo dei sindacati e delle unioni imprenditoriali con la sua esclusione dei traditori di classe gialli. Solo se nel potere politico, attraverso un libero compromesso, si stabilirà una simile parità, un nuovo governo democratico potrebbe portare non solo la pace ma anche la ricostruzione con le proprie forze. *Altrimenti niente!* », cfr. M. Weber, *Das neue Deutschland*, in *Gesammelte politische Schriften* (a cura di Johannes Winckelmann), Tübingen 1958^3, p. 486.

Ne conseguiva che le vere clausole costituzionali erano il rifiuto dell'egemonia di un solo partito e la disponibilità reciproca dei soggetti della volontà collettiva non solo a *riconoscersi reciprocamente la capacità contrattuale* ma a *essere disponibili alla trattativa*.

Quest'ipotesi che era sottesa alla ' democrazia contrattata ' weimariana è fallita ma, secondo Fraenkel, per un complesso di ragioni radicalmente diverse da quelle che Kirchheimer aveva creduto di sintetizzare con la sua critica alla ' Costituzione senza decisione '. Infatti le cause della crisi vanno individuate nella dinamica dei processi reali e in primo luogo nei mutamenti di equilibrio che la crisi ha prodotto sia tra i *partners* sociali che nelle funzioni svolte dallo Stato. La crisi, in primo luogo, ha riclassificato soggetti e forme politiche e ha fatto saltare il compromesso o i compromessi sottesi a Weimar: di qui la crisi della democrazia e l'impotenza delle istituzioni democratiche. « Si è troppo spesso tentato di rimproverare ai partiti la piaga del compromesso », sottolinea acutamente e conseguentemente Fraenkel, individuando in ciò un falso e forse ingannevole obiettivo polemico, giacché

non la conclusione del compromesso è da biasimare o è pericoloso sotto il dominio della Costituzione di Weimar. *Non il compromesso ma la possibilità che non si possa raggiungere piú un compromesso mette in pericolo l'esistenza della Costituzione.* [209]

Procedendo ben oltre le risposte polemiche di Neumann e Heller, Fraenkel liquida l'assunto kirchheimeriano con le sue tentazioni organicistico-sintetiche affrontando il cuore stesso del suo ragionamento e cioè la visione del ' vero Parlamento ' che egli aveva derivato dalla critica schmittiana.

La contrapposizione democrazia-Parlamento in Schmitt e antagonismo di classe-Parlamento in Kirchheimer aveva come esito la dimostrazione dell'inattualità dell'ipotesi parlamentare che necessariamente, infatti, risultava incapace di sintesi ma al massimo solo di ' compromessi '. Ricollegandosi implicitamente alle posizioni sostenute da Kelsen [210], Fraenkel reimposta l'analisi del nesso tra *Parlamentarismus* e fine dell'omogeneità sociale e di valore della società protetta dal voto censitario:

questo riconoscimento del compromesso parlamentare è certamente una negazione dell'idea originaria della rappresentanza popolare nella quale,

[209] Fraenkel, *Abschied von Weimar?* cit., p. 65; il corsivo è nostro. Si veda pure Neumann, *Mutamenti di funzione della legge*, cit., p. 274.

[210] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, in *La democrazia*, Bologna 1981⁴.

attraverso la discussione, i rappresentanti del popolo, tra loro ostili, e con l'aiuto del dibattito si doveva pervenire ad un convincimento comune: doveva essere trovata la verità.[211]

Questa immagine classica del Parlamento-verità si dissolve non appena la concessione del diritto di voto agli strati proletari rende impossibile da parte del Parlamento produrre una volontà unitaria e una ' verità ' giacché:

l'ammissione delle diverse classi alla rappresentanza doveva portare con sé la collisione delle diverse concezioni che certo poteva essere con un compromesso riequilibrato ma non condotto con i mezzi della discussione al fine del loro convincimento.[212]

Questo mutamento di funzione del parlamentarismo, prodotto dalla democratizzazione della società e da una relativa redistribuzione delle *chances* di potere, deve portare a lavorare per ' compromessi ' che rispecchiano la radicale e ineliminabile alterità dei soggetti sociali e l'antagonismo delle ' potenze etiche ': ed è errato, come aveva sostenuto Schmitt e sulla sua linea Kirchheimer, « vedere nel Parlamento del XIX secolo il Parlamento in sé ». Decisioni parlamentari vengono prese ovviamente nel Parlamento espressione di una sola classe nella forma dell'atto generale; nel Parlamento diviso in classi possono essere raggiunte solo attraverso il contratto e cioè attraverso il compromesso[213]. In accordo con quanto già aveva sottolineato Heller, Fraenkel respinge la metafisica contrapposizione (Heller aveva parlato di « estetismo romantico ») tra *decisione e compromesso*: anche quest'ultimo può esprimere una decisione, anzi è l'unica forma pensabile di decisione in una società non piú omogenea. Sostenere il contrario, ritenere cioè che la decisione sia pensabile solo nella forma dell' ' atto generale ', nell'unità dell'atto del Sovrano è o utopia o mera riproposizione della teologia della controrivoluzione. Ovviamente la possibilità di funzionamento della decisione-compromesso si basa sul rispetto di determinate premesse. Se esse cambiano radicalmente o vengono unilateralmente non piú rispettate, ovviamente mutano le regole del gioco e del compromesso: si avranno cioè altre forme di compromesso, con altri soggetti e contenuti, ma neppure in questo caso si assisterà alla resurrezione del Sovrano. In un certo senso il non-Stato di cui parlerà Neumann, si avvia ad essere il destino delle società complesse. Paradossalmente allorché si dissolve lo *jus publicum euro-*

[211] Fraenkel, *Abschied von Weimar?*, cit., p. 65.
[212] *Ibid.*
[213] *Ibid.*

peum prodotto dal *Leviatano* riemerge *Behemoth* ma non nell'aspetto tragico del *bellum civile* ma in quello meno esaltante ma piú realistico dell'eterno mediatore.

Questo è il valore paradigmatico di Weimar, qui la sua modernità. Le sue debolezze mortali non sono dunque immanenti al testo costituzionale ma semmai, stanno a monte nel suo atto di nascita. Ancora una volta l'analisi di Schmitt si rivela discutibile: quelle scelte che egli giudicava, ma solo in funzione polemica, contro ' i diritti e i doveri fondamentali ', come le decisioni fondamentali prese dal popolo tedesco, e cioè *la scelta in favore dello Stato democratico di diritto*, in realtà non erano state prese. Il limite cioè della ' democrazia contrattata ' weimeriana si rivela essere non il fatto che tra diverse ' visioni del mondo ' o tra diversi soggetti sociali e politici si sia arrivati a dei compromessi ma semmai nel carattere impolitico o nella mancanza di una vera *Entscheidung* per il *Rechtsstaat*[214]. Quando mutarono o vennero meno le premesse ' economicistiche ' sulle quali si era costruito l'equilibrio di compromesso della Repubblica, essa si rivelò allora radicalmente priva di identità politica e di legittimazione:

L'evoluzione economica e sociale non ha seguito il cammino che era stato progettato a Weimar. Si lasci pure in pregiudicato se l'idea secondo la quale sarebbero tra loro conciliabili un ordinamento economico individualistico e un ordinamento del lavoro liberal-collettivo sia in generale da definire come un'utopia In ogni caso l'esperienza ha dimostrato che l'esperimento non è riuscito in un periodo in cui attraverso la progressiva eliminazione della concorrenza economica, all'ordinamento economico liberale era già stato tolto spazio e in tal modo al tempo stesso era subentrato un rafforzamento notevole della classe imprenditoriale, cosicché l'obiettivo dell'equilibrio sociale con l'aiuto della parità non poté essere raggiunto.[215]

Questo disequilibrio o asimmetria del potere era stato ulteriormente aggravato dalla crisi, favorendo la crescita progressiva del ruolo e del peso dello Stato: lo ' Stato totale ' o almeno lo sviluppo in quella direzione capovolge alla radice le intenzioni di Weimar. L'estensione dell'intervento pubblico dall'economia ai coflitti di lavoro « carica lo Stato di compiti mentre il contenuto sociale della

[214] Heller alla fine del suo *Rechtsstaat oder Diktatur*, cit., p. 26, pone l'alternativa di « decisione tra dittatura fascista e Stato sociale di diritto ».

[215] Fraenkel, *Abschied von Weimar?*, cit., pp. 63-4. Neumann, *Behemoth*, cit., p. 53: « La crisi del 1932 dimostrò che la democrazia politica, da sola, senza una piú piena utilizzazione delle potenzialità intrinseche al sistema industriale tedesco, ovvero senza l'abolizione della disoccupazione e il miglioramento del tenore di vita, rimaneva un guscio vuoto ».

Repubblica di Weimar era stato quello di lasciarli alla sfera socioeconomica. In questo modo però è l'esistenza politica della Costitazione di Weimar ad essere messa in pericolo »[216].

Dunque *Addio a Weimar?*: Fraenkel crede ancora possibile cercare una via di resistenza attorno ai ' diritti di libertà ' e ipotizza una manovra che spregiudicatamente ricorre anche alla riforma della Costituzione pur di interrompere quel processo di autodissoluzione cui la costringe la progressiva paralisi degli organi istituzionali, in primo luogo del Parlamento. Al tempo stesso, però, egli è in grado di individuare gli errori strategici compiuti dalla SPD, proprio nella misura in cui ha cercato di sviluppare una analisi *immanente* e non ' estetica ' delle cause che hanno prodotto la crisi di Weimar. L'errore fondamentale commesso dalla SPD, egli dice, è di aver dimenticato l'insegnamento del suo padre spirituale, Ferdinand Lassalle e in particolare la sua analisi della Costituzione secondo la quale « l'essenza di una Costituzione è da rintracciare non tanto nella validità esteriore quanto nel dominio delle forze sociali che si servono dei precetti costituzionali »[217]. La causa di questa incredibile sottovalutazione delle regole minime ed elementari della lotta politica, questa giuridicizzazione e formalizzazione del conflitto politico è spiegabile, secondo Fraenkel, con il particolare ruolo (egli parla di « tragico destino ») che toccò alla SPD quale partito costituzionale. Esso si trovò infatti cosí ' sovraccaricato ' dal compito di difesa della validità formale della Costituzione scritta da non avere piú le forze necessarie per puntare allo sviluppo del contenuto sociale della Costituzione:

la SPD durante gli ultimi tredici anni non ha trovato la forza oltre il compito di assicurarne la validità formale per sfruttare le possibilità di trasformazione dell'ordine sociale che la Costituzione di Weimar aveva posto.[218]

Non resta allora che prendere atto, in questo restando fedeli alla lezione lassalliana, dello ' stato della Costituzione ': tanto la prima parte, quella cosiddetta organizzativa, è seriamente compromessa, quanto la seconda, quella relativa all'ordinamento sociale, è fallita. Tocca alla SPD, allora, sottrarsi all'abbraccio mortale cui sembra condannata ed evitare, che il destino della Costituzione divenga il suo destino[219], sfuggire al rischio di « assolutizzare il valore della Co-

[216] Fraenkel, *Abschied von Weimar?*, cit., p. 64.
[217] Ivi, p. 68.
[218] *Ibid.*
[219] Nel 1931 Hilferding aveva affermato che « il destino della socialdemocrazia è il destino stesso della democrazia, quindi il destino dello Stato », non

stituzione per il partito e in tal modo identificare la Costituzione di Weimar con la SPD »[220]. Riprendere l'iniziativa significa constatare l'impossibilità di difendere *ut sic* la Costituzione o ipotizzare una sua *restitutio ad integrum*: intanto perché « nella storia non c'è nessuna restituzione nello stato precedente ». E poi, in secondo luogo, perché le forze sociali degli imprenditori hanno esplicitamente respinto la premessa sulla quale si basava l'ordine di Weimar, quello del conseguimento del compromesso attraverso la regola della pariteticità:

il rifiuto della parità sociale ed economica da parte degli imprenditori ha dato via libera alla lotta dei lavoratori per il raggiungimento del loro obiettivo di classe che non può piú essere la parità ma il loro dominio.[221]

Credere di poter ancora ristabilire una situazione di parità significherebbe soltanto illudersi di poter costruire tutto il funzionamento statale su una parità solo apparente al prezzo « del sacrificio dei poteri elettorali democratici e dei diritti di libertà politica »[222].

7. *Riforma sociale o riforma della Costituzione?*

Nella breve ma densissima introduzione premessa all'antologia di suoi saggi weimariani[223] Ernst Fraenkel ricorda il contesto nel quale si sviluppò la polemica sulla riforma della Costituzione (che lo vide protagonista per la proposta contenuta in un suo articolo apparso nel 1932 su « Die Gesellschaft »), ne riassume brevemente il significato politico e analizza le difficoltà che la fecero fallire. Di fronte a una situazione ' tragico-paradossale ' nella quale la sinistra assisteva impotente al progressivo dissolversi dell'ordine democratico, ricorda Fraenkel, la semplice attestazione su una parola d'ordine di difesa della Costituzione si rivelava sempre piú impotente e incapace di produrre qualsiasi effetto. Si fece allora strada,

specificando, però, se la difesa della democrazia si ' identificava ' con quella della Costituzione.

[220] Fraenkel, *Abschied von Weimar?*, cit., p. 69.

[221] Ivi, p. 72.

[222] *Ibid.* La ricchezza e l'articolazione dell'analisi proposta da Fraenkel non consentono una lettura di *Abschied von Weimar?*, semplicemente in chiave di teoria giuslavoristica come invece sembra suggerire Rusconi (*La crisi di Weimar*, cit., p. 32). Di Fraenkel si veda anche il breve saggio *Die Staatskrise und der Kampf um den Staat* del 1932, ora in *Reformismus und Pluralismus* cit., pp. 180-5.

[223] Fraenkel, *Vorwort* alla riedizione di *Zur Soziologie* cit., pp. XIII e XIV.

sia pure solo marginalmente tra alcuni intellettuali della SPD, l'idea di tentare la via disperata e pericolosa di « salvare per lo meno i principi dell'ordinamento statale di diritto anche se di questo avessero dovuto fare le spese istituzioni costituzionali democratiche in sé desiderabili e auspicabili idealmente »[224].

Ne nacque un vivace dibattito nel quale interverranno Hermann Heller e Otto Kirchheimer[225] che respinse decisamente, sul piano politico e sul piano teorico, la proposta di Fraenkel e in genere l'idea di cambiare alcune regole della Costituzione per salvarne lo spirito di fondo.

La struttura istituzionale della Repubblica weimariana si reggeva su un delicato e sensibile equilibrio, effetto del gioco di *checks and balances* tra il potere del Parlamento, quello del governo e della struttura amministrativa, e infine quello del presidente fissato nell'articolo 48: l'intenzione dei padri della Costituzione era stata quella di introdurre un meccanismo preventivo di controllo e di freno rispetto a possibili ' degenerazioni ' del parlamentarismo. Si cercò, cioè, di temperare le potenziali spinte centrifughe o ' totalitarie ' della democrazia parlamentare ricorrendo all'istituto della presidenza a suffragio diretto: insomma si pensò di aggiungere alla storia costituzionale europea l'esperienza americana. Almeno cosí si credette o, in via di principio, doveva essere. Basta leggere le motivazioni addotte da Max Weber a favore di un *Reichspräsident* « Palladium della vera democrazia » che avrebbe dovuto « possedere l'autorità » per guidare la *Sozialisierung* (che in primo luogo è amministrazione); per favorire la « selezione dei capi e la riorganizzazione dei partiti » evitando la degradazione del Parlamento a *Banausenparlament* dominato dagli interessi corporativi; per rappresentare l'unità contro il localismo ma anche contro l'invadenza eccessiva del centralismo prussiano in funzione di equilibrio. A tal fine il presidente del Reich doveva essere « democraticamente indipendente », giacché un

[224] *Ibid.* Molto importante anche l'articolo di K. Wilk, *Krise des Parlamentarismus und sozialdemokratische Politik*, in « Die Gesellschaft », n. 12, 1931.

[225] H. Heller, *Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform*, in « Neue Blätter für den Sozialismus. Zeitschrift für geistige und politische Gestaltung », n. 2, 1931, pp. 576-80. O. Kirchheimer, in particolare *La riforma costituzionale* e *Riforma costituzionale e socialdemocrazia*. La polemica di Kirchheimer si rivolse esplicitamente solo verso Fraenkel (e Simons) e mai direttamente nei confronti di Heller, ma, come ha notato giustamente Blanke in *Zur Diskussion* cit., p. 165: « Questa critica di Kirchheimer delle proposte fraenkeliane di riforma costituzionale colpisce egualmente anche Heller ». Una buona ricostruzione di quel dibattito è offerta da W. Luthardt in *Sozialdemokratie und Legalstrategie. Überlegungen zu ihrem Verhältnis in der Weimarer Republik*, in *Geschichte als politische Wissenschaft* (a cura di J. Bergmann, K. Megerle e P. Steinbach), Stuttgart 1979.

presidente « eletto dal Parlamento secondo determinate costellazioni e coalizioni di partiti, al loro mutamento sarebbe un uomo politicamente morto [*ein politisch toter Mann*] »[226]. Né molto diverse furono le ragioni sostenute da un altro dei padri della *Verfassung* weimariana e cioè Naumann:

Giacché abbiamo il sistema elettorale proporzionale, è ora molto probabile che faremmo bene a riprendere forti elementi dal sistema americano per introdurre un elemento di saldezza e continuità nella guida su base popolare.[227]

Certamente in queste posizioni confluivano paure storiche e l'eco di difficoltà reali[228]: sta di fatto che si cercò, giustapponendo momenti di democrazia rappresentativa a una componente plebiscitaria, di delineare un possibile equilibrio costituzionale.

E invece, come la storia dei quattordici anni di vita della Repubblica di Weimar si incaricò di dimostrare, si trattò di un tragico errore. E non tanto per le ragioni, pure di qualche rilievo, addotte già allora da Hugo Preuss che, riflettendo sul sistema americano rilevava « l'immiserimento spirituale e la desolazione politica » del Congresso[229] quanto semmai perché si diede vita non ad un sistema di poteri complementari ma ad un vero e proprio *monstrum* istituzionale, dualistico e contraddittorio qual è la compresenza di un presidente eletto dal popolo e di un governo parlamentare.

La combinazione dell'istituto di un presidente eletto prebiscitariamente e di un Parlamento dotato del diritto del voto di sfiducia doveva portare a che il ' presidente per grazia del popolo ' nel *caso del non funzionamento* del sistema parlamentare di governo poteva neutralizzare il Parlamento ricorrendo allo stato d'eccezione e nel *caso del suo funzionamento* poteva dominarlo per mezzo della disciplina della frazione parlamentare.[230]

Cioè, all'opposto di quanto ipotizzato da Weber, la figura del

[226] M. Weber, *Der Reichspräsident*, in *Gesammelte politische Schriften* cit., pp. 498-500.

[227] Naumann, *Demokratie als Staatsgrundlage*, in *Werke*, 2. Band, *Schriften zur Verfassungspolitik* cit., p. 571.

[228] Si pensi al peso esercitato sulle coscienze dallo *Scheinkostitutionalismus* alla Bismarck e alle polemiche sviluppate da Naumann e da Weber contro di esso. « Un popolo che non crede il suo Parlamento capace di rappresentarlo, soffre di un complesso democratico di inferiorità », E. Fraenkel, *Repräsentative und plebiszitäre Elemente im Regierungssystem der Weimarer Republik*, in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart 1964, p. 105.

[229] H. Preuss, *Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung*, in *Staat, Recht und Freiheit*, Tübingen 1926, p. 386.

[230] Fraenkel, *Repräsentative und plebiszitäre Elemente* cit., p. 103.

presidente risultò comunque legata e condizionata dalla vicenda partitico-parlamentare ma in modo tale da ledere progressivamente le competenze e il ruolo del Parlamento. In sostanza dunque quella che doveva essere una « pluralità di organi posti reciprocamente in posizione di equilibrio tale da essere in grado di neutralizzarsi a vicenda nell'eventualità di abusi e di arbitri » [231], a causa di questa *contaminazione* tra principio parlamentare e principio presidenziale si trasformò in una ' opposizione reale '. Da un lato il presidente cercò di sfruttare il consenso popolare contro il Parlamento mentre, dall'altro, l'istituto della sua possibile revoca da parte del Parlamento ne faceva *un prigioniero* non di quest'ultimo ma di quella maggioranza politica alla quale, o grazie alla iniziativa della quale, egli doveva la sua elezione. (Tra l'altro questo spiega molti dei tatticismi della SPD nei confronti di Hindenburg soprattutto nel caso della sua rielezione nel 1932 [232].)

Comunque sia, la funzione presidenziale, che era stata pensata come un ' *pouvoir neutre* ' in analogia con la posizione del Re nel regime parlamentare che « regna ma non governa », all'atto pratico dovette constatare il suo totale ' snaturamento ', giacché risultò, come afferma Mortati, che poteva diventare « presidente solo colui che ha l'appoggio di una data forza politica, al cui orientamento non può che restare vincolato anche durante la sua permanenza in carica ». A questo si aggiunse, quale elemento di ulteriore destabilizzazione, tutta la serie di competenze ad essa attribuite e in particolar modo quella che autorizzava il presidente a dichiarare lo ' stato d'emergenza ' (« sovrano è chi decide sullo stato di ' eccezione ' », aveva commentato Carl Schmitt) o ad indire dei *referendum* non solo abrogativi ma anche approvativi (che divenivano di fatto « una condizione di efficacia dell'atto legislativo » [233]), il risultato fu quello di contrapporre un organo eletto (il presidente) a un altro organo elettivo (il Parlamento) del quale veniva limitato *positivamente* il potere.

Tali contraddizioni immanenti all'edificio costituzionale si acuirono drammaticamente a partite dal 1930 con la nomina di Brüning. Il rapporto diretto e fiduciario tra *Reichspräsident* e Cancelliere il quale doveva avere la *non sfiducia* del Parlamento ma la *fiducia* del presidente, consentiva a quest'ultimo di manipolare a piacimento la composizione del governo mentre il presidente disponeva di un

[231] C. Mortati, *Le forme di governo nella Germania di Weimar*, in *Le forme di governo*, Padova 1973, p. 201.

[232] Cfr. R. Hilferding, *Zwischen den Entscheidungen*, in « Die Gesellschaft », n. 1, 1933; e Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 414-5; Kirchheimer, *infra*, nota p. 197.

[233] Mortati. *op. cit.*, p. 205.

particolare ' plusvalore politico ' e cioè quello rappresentato dalla arma dello scioglimento dei *Reichstag*, che poteva usare « non piú come strumento ' arbitrale ' per sollecitare la decisione del popolo sui contrasti sorti fra governo e Parlamento, ma invece [usarlo] ripetutamente e in continuazione fino ad ottenere un orientamento elettorale favorevole alla sua politicità »[234].

Su questo sfondo è ora possibile definire i lineamenti e il senso del dibattito sulla riforma della Costituzione nel versante che esso conobbe tra i politologi socialdemocratici. Il primo a prendere posizione sul fatto che « ampie cerchie del popolo tedesco, e particolarmente gli attuali detentori del potere in Germania, sono dell'opinione che l'attuale organizzazione dello Stato tedesco non soddisfa legittime pretese »[235] fu Hermann Heller con un breve articolo nel quale egli ribadí ancora una volta la sua idea di *socialismo democratico* pensabile nella misura in cui il movimento operaio sappia separare il destino dell'economia capitalistica, storicamente determinato, dal valore del *Rechtsstaat* inteso quale conquista ineliminabile della *Kultur*. Lo Stato come « organizzata forma di vita » (*organisierte Lebensform*), a differenza dell'economia che « non è affatto un destino come hanno dimostrato in modo impressionante i bolscevichi », è una necessità insuperabile che ci impone di lavorare per « *sottomettere l'ordinamento del lavoro e dei beni all'organizzazione materiale dello Stato di diritto, di trasformare lo Stato di diritto liberale in uno Stato di diritto socialista ma non di liquidare in generale lo Stato di diritto* »[236]. Dopo una difesa un po' rituale del valore della Costituzione contro il ' corto circuito ' di pensiero di coloro che « mettono in connessione causale la cattiva situazione all'interno e all'estero della Germania con le vere o pretese carenze della Costituzione weimariana »[237] (giacché gli sembra molto discutibile il fare dell'ordinamento giuridico il solo e maggiore responsabile della cattiva situazione politica di un paese, tant'è vero, egli ribadisce, che la Germania avrebbe potuto conoscere un migliore destino pur senza cambiare « un solo articolo della Costituzione »), Heller, con un ragionamento un po' artificioso, arriva a motivare il suo atteggiamento positivo verso una eventuale riforma: « proprio perché questo non è avvenuto, non ci possiamo nei fatti sottrarre alla necessità di sottoporre le norme giuridico-costituzionali del Reich tedesco ad una revisione »[238]. I

[234] Ivi, p. 210.
[235] Heller, *Ziele und Grenzen* cit., p. 576.
[236] Ivi, p. 578.
[237] Ivi, p. 576.
[238] *Ibid.*

due obiettivi esplicitamente dichiarati sono il rafforzamento delle capacità di lavoro del Parlamento e di azione del governo: ribadito il vecchio convincimento socialdemocratico dell'intoccabilità del suffragio universale e del sistema proporzionale (« ogni sistema elettorale che metta in discussione l'eguaglianza del voto troverà in noi dei nemici accaniti » [239]), Heller ritiene che si tratti di liberare il Parlamento dal suo stato di paralisi e il governo dalla condizione di « zimbello delle frazioni parlamentari o del Reichspräsident ». A tal fine mentre ritiene insufficiente l'inasprimento delle procedure di espressione del voto di sfiducia sostiene l'utilità di ampliamento della legittimità del governo mediante l'attribuzione ad esso del diritto di ricorso al plebiscito. In tal modo, infatti, il Parlamento dei partiti al quale « non si può né si vuole rinunciare » non sarebbe piú la *sola* rappresentanza del popolo e il governo potrebbe invece « appoggiarsi *ad una rappresentanza del popolo non composta dai partiti politici* » [240]. Per quanto riguarda il Parlamento, Heller non arriva a fare delle proposte di revisione definite, limitandosi a constatare, contro l'opinione della « critica estetizzante », che la paralisi del Parlamento si deve alla tendenza dei partiti *alla lotta di tutti contro tutti* mentre « ogni compromesso in Parlamento viene frainteso come disastroso mercato delle vacche » [241].

È evidente che, al di là di alcuni spunti programmatici importanti, non si è di molto oltre le buone intenzioni, anche perché un ulteriore ampliamento del ' diritto di appello al popolo ' del governo avrebbe probabilmente spinto a una ulteriore autonomizzazione del momento esecutivo e amministrativo ai danni dei poteri di controllo e di decisione del Parlamento, acuendo al tempo stesso, però, i contrasti tra governo e legittimità plebiscitaria del presidente.

Di ben maggiore rilievo è, invece, la proposta che avanzò Fraenkel: per cercare di curare o almeno ridurre al minimo i danni di questa « schizofrenia politica della Repubblica », egli sostenne la tesi di introdurre una riforma della Costituzione che facesse centro sul cosiddetto ' voto di sfiducia costruttivo ' (*Misstrauensvotum*), un'idea che del resto allora già circolava e sulla quale sembra si fossero pronunciati anche il cancelliere della grande coalizione Hermann Müller e lo stesso Carl Schmitt [242].

239 Ivi, p. 578.
240 Ivi, p. 579.
241 *Ibid.*
242 Il termine di ' sfiducia costruttiva ' qual è oggi formulato nel *Grundgesetz* della Repubblica federale non è contenuto nell'articolo di Fraenkel. Ma egli stesso ricorda nel citato *Vorwort* di aver sviluppato un ordine di riflessioni che « si ritrovano nella forma del *konstruktiven Misstrauensvotum* nel *Grundgesetz* » (p. XIII). Inoltre nel saggio di F. Karl Fromme (coeditore e commentatore po-

Nel saggio *Um die Verfassung* Fraenkel sviluppa temi presenti in *Addio a Weimar?* soprattutto per quanto riguarda l'analisi specifica della Costituzione, e li connette con quelli piú compiutamente elaborati nel saggio del 1929 intitolato *La democrazia collettiva*[243]. Sulla base di questo complesso intreccio di proposte strategico-politiche e di analisi piú strettamente istituzionali relative alla dinamica dei meccanismi costituzionali, egli formulò la sua proposta di riforma.

Ancora una volta l'asse della riflessione ruota attorno alla polemica contro la concezione di Carl Schmitt e alla sua concezione ' organicistica ' della democrazia, derivata da Rousseau, grazie alla quale egli, appoggiando i propositi politici del governo di von Papen, cerca di dare fondamento teorico all'idea di una ' democrazia autoritaria ':

se il cancelliere del Reich von Papen nel discorso del 12 settembre 1932 si spaccia quale interprete di una volontà popolare che si contrapporrebbe a quella di tutti i partiti dello Stato, pretendendo di avere la preminenza sulla loro volontà, egli fa sue idee che da tempo, in forma simile, sono state proclamate da Carl Schmitt e sono divenute vive nel fascismo. [...] E non è dunque un caso che Schmitt muova dalla dottrina di Rousseau della omogeneità del popolo quale premessa della democrazia. Poiché nella realtà politica la uniformità del pensiero su questioni statali e sociali non esiste e non può esistere[244], la democrazia autoritaria deve spingere alla repressione di tutti i movimenti che si contrappongono alla concezione del gruppo dominante.[245]

A questa teoria *sintetico-autoritaria* che tende a reprimere le contraddizioni, si contrappone secondo Fraenkel, la *democrazia re-*

tico della « Frankfurter Allgemeine Zeitung »), *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, Tübingen 1960, si sottolinea che già nel 1929, in una conferenza restata inedita, Alexander Rüstov aveva sviluppato un concetto non lontano da quello sostenuto da Fraenkel e si accenna ad alcune prese di posizione in tal senso di Müller e Schmitt.

243 Fraenkel, *La democrazia collettiva* cit. Nel suo saggio sui *Mutamenti di funzione* cit., Neumann analizzando la struttura della Costituzione weimariana e la sua crisi cita tanto lo scritto di Kirchheimer del 1930 quanto questo articolo di Fraenkel senza però fare esplicito riferimento al nome dell'autore. Questo probabilmente perché Fraenkel nel 1937, cioè alla data in cui lo scritto apparve sulla « Zeitschrift für Sozialforschung » viveva ancora in Germania. Il traduttore italiano erroneamente rende ' kollektive ' con ' collettivista '.

244 Fraenkel, *Um die Verfassung*, in *Zur Soziologie* cit., p. 76. La critica alla tradizione rousseauiana è uno dei tramiti della successiva evoluzione in senso pluralistico del pensiero di Fraenkel *in nuce* però già presente nei suoi scritti weimariani.

245 Il nesso tra Stato totale e *religion civile* del *Contrat Social* è accennato anche nello scritto di Heller, *Ziele und Grenzen* cit., p. 580.

lativistica di Kelsen che, allontanandosi dalla utopia della *democrazia totale*, tiene conto del pluralismo dei valori e degli interessi e dell'impossibilità, per chiunque, di « conoscere la verità »[246]. La forma liberal-democratica, però, nella misura in cui muove necessariamente e sempre dal presupposto del ' libero arbitrio ' del singolo non riesce a prendere in considerazione « le realtà di fatto sociali preesistenti », con il loro *potere materiale* e *il processo di organizzazione della volontà* che la nascita dei *partiti massa* e delle *organizzazioni sociali mette in luce*. Inoltre tale « democrazia relativistica » presuppone che il principio maggioritario possa sempre e comunque imporsi rispetto alla vischiosità degli interessi e all'arbitrio delle ' potenze sociali ' e non è minimamente sfiorata dal dubbio se per caso il sistema di alternanza sia per lo Stato « solamente tanto a lungo sopportabile finché la differenza sociale ed economica dei due partiti in lotta è irrilevante e i due partiti sono d'accordo sui fondamenti della costruzione della società »[247].

Proprio per questo la Costituzione di Weimar non è semplicemente costruita secondo i principi della democrazia relativistica: essa è, invece, espressione di una nuova forma di organizzazione che Fraenkel definisce col termine di *democrazia dialettica*[248]. Essa « è la forma statale del capitalismo sviluppato illuminato » (*des aufgeklärten Hochkapitalismus*) che, mentre salvaguarda alcuni prin-

[246] Qualcuno ha voluto vedere nella teoria del parlamentarismo di Kelsen, che in questo si distaccherebbe decisamente da quella weberiana, aspetti di un'utopia sintetico-dialettica. Mentre è invece lo stesso Kelsen (cfr. in *Il problema del parlamentarismo* cit., pp. 170-1) a mettere in guardia dalla confusione tra ' compromesso ' e *sintesi* o ' compromesso creatore ' che, a suo modo di vedere, è da rifiutare in quanto « metafisica sociale » o « metapolitica » che « meno chiaramente formulata, suole nascondersi dietro la oscura locuzione di ' interesse dello Stato al di sopra dei partiti ', di ' bene comune ' ecc. ». Semmai è proprio Schmitt (cfr. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., p. 614) che con la sua teoria del *pouvoir neutre* cerca di occultare « die effektive vorhandene radikale Interessengegensätzlichkeit ».

[247] Fraenkel fa ricorso a una argomentazione che è poi diventata un *topos* delle posizioni critiche del bipartitismo e dell'alternanza: « Quando repubblicani e democratici [negli USA] si alternano nel controllo dell'apparato statale, questo processo politico non muta in fondo neppure minimamente la struttura dell'economia e della società giacché i due partiti erano uniti nell'accettazione del sistema capitalistico e le loro differenze si riferiscono solo a delle *nuances* », *Um die Verfassung*, cit., p. 78.

[248] Mentre i lineamenti specifici della ' democrazia collettiva ' sono da Fraenkel chiaramente definiti attraverso l'obiettivo di ' integrare ' la vita statale (« le organizzazioni liberamente costituite si cristallizzano in misura sempre piú forte in fattori di integrazione della vita statale, sono mezzi funzionali di integrazione dello Stato, nell'accezione che a queste espressioni dà Rudolf Smend », cfr. *La democrazia collettiva* cit., p. 610) non altrettanto ci sembra avvenga per la ' democrazia dialettica ' che di volta in volta coincide *per forma* con quella relativistica di Kelsen e *per funzione* con quella collettiva.

cipi della democrazia relativistica, tiene conto della differenziazione in classi degli elettori e della spaccatura in classi della società. Per questo, mentre la democrazia liberale si limitava a far emergere le contraddizioni, quella 'dialettica' deve puntare alla definizione di una volontà statale unitaria attraverso il compromesso. Non basta, cioè, rispettare la diversità dell'avversario, politico o sociale, ma occorre trovare le forme e le vie per 'integrare' questi opposti punti di vista o interessi: « il tratto caratteristisco della democrazia dialettica è di mettere in luce e lasciar liberamente sviluppare le opposizioni [*Gegensätze*] presenti »[249]. La condizione essenziale però, anzi il presupposto, a tal fine è l'esistenza e la salvaguardia di una 'base comune' di valori che sono al tempo stesso le regole del gioco e la fonte di legittimazione e l'identità della *Verfassung*. Il riconoscersi in essa dei cittadini e la modalità di soluzione dei conflitti: « il loro esser presenti costituisce però la premessa a che le forze ostili in generale possano essere ricomprese in una struttura statale unitaria »[250]. Appena questo compromesso di principio salta e le controversie politiche assumono le caratteristiche di conflitti di principio sui 'valori fondamentali', per cui temi che fino a quel momento non erano stati mai oggetto di polemica lo divengono e l'avversario viene tendenzialmente posto *hors de la loi et de la morale*, allorché « i principi democratici in quanto tali » divengono il merito del contenzioso politico e l'avversario viene giudicato ricorrendo a 'sospetti morali', allora le condizioni sulle quali era nata la Costituzione di Weimar non esistono piú. Il suo 'valore', per la socialdemocrazia, era di duplice natura: attraverso la istituzione di una 'democrazia dialettica', il movimento operaio era riuscito a co-decidere nel processo di formazione della volontà dello Stato. D'altra parte nella seconda parte della Costituzione erano state accolte alcune sue richieste elevate in tal modo a « elemento costitutivo della vita statale del settore non in discussione, costituzionalmente difeso »[251]. Si tratta cioè di un intreccio di elementi di contenuto e di istituti di formazione della volontà politica: per questo la SPD deve allora prendere atto che i patti non sono stati

[249] Fraenkel, *Um die Verfassung*, cit., p. 80.

[250] Ivi, p. 82. Anche Neumann nel *Behemoth* (cit., pp. 31-2) riprendendo quasi alla lettera una formulazione kirchheimeriana sottolinea che « Le Costituzioni scritte in occasione di grandi svolte storiche contengono sempre decisioni circa la struttura della società futura. Una Costituzione, inoltre, è piú che il suo testo legale: è anche un mito che esige devozione a un sistema di valori eternamente validi ». A differenza di Kirchheimer, Fraenkel sottolinea la funzione 'sintetica' dello Stato e non quella della 'omogeneizzazione sociale'.

[251] Fraenkel, *Um die Verfassung*, cit., p. 87.

rispettati e che, anche tra i suoi militanti, si è diffuso un profondo senso di delusione e uno spirito di ' infedeltà ' alla Costituzione in quanto tale.

Dopo aver ricordato l'ammonimento dell'aforisma nietzschiano di *Umano, troppo umano* a non lasciarsi « tirannizzare » dalla facoltà di « idealizzare le cose » e a non correre il rischio che « la verità si separi da noi », Fraenkel sollecita la socialdemocrazia a porsi di fronte alla Costituzione senza illusioni e a difenderla finché ciò serva realmente a fare argine alle forze che la vogliono radicalmente annientare. Si tratta cioè di sviluppare un ordine di considerazioni strategico-politiche e non di rifugiarsi in un ragionare secondo un astratto ' dover essere '.

E Fraenkel conclude:

Sarebbe disastroso per il futuro del movimento operaio se esso credesse di poter difendere i fondamenti sui quali riposa la sua esistenza politica attraverso l'astratto farsi garante della Costituzione.[252]

Di fronte alla minaccia della dittatura non si tratta dunque di aggrapparsi alla difesa della Costituzione ma di puntare alla lotta concreta sui singoli diritti, nel quadro della Costituzione, « che continuano ad esistere solamente fintantoché il movimento operaio possiede la forza sufficiente per imporre la loro ulteriore sopravvivenza nei confronti della guida autoritaria dello Stato »[253]. Difendere la Costituzione *realmente* significa certo lavorare perché la *Costituzione in senso materiale* non delinei un rapporto di forza sfavorevole al movimento operaio, e *uno* degli strumenti utilizzabili a tal fine è *anche* la introduzione di riforme nel meccanismo di funzionamento del sistema istituzionale. Il mutamento della lettera stessa del testo costituzionale.

È certo interessante sottolineare — prima di procedere a un esame specifico della proposta di Fraenkel e della risposta di Kirchheimer — che proprio un difensore del ' valore ' del compromesso costituzionale weimariano, sostenitore delle qualità della *Verfassung senza decisione* e critico spietato dell'utopia reazionaria della ' democrazia come identità ' e degli attacchi che in nome di ciò venivano portati da destra e da sinistra a Weimar, si proponga quale riformatore del testo costituzionale. Mentre, paradossalmente, un critico come Kirchheimer si rivelerà in fondo molto piú conservatore o, almeno, tradizionalista oscillando nella difesa *ut sic* della Costituzione, tra un astratto democraticismo e un reale indifferen-

[252] Ivi, p. 88.
[253] Ivi, p. 87.

tismo verso l'importanza e il ruolo dei meccanismi giuridico-costituzionali per il processo stesso di trasformazione.

La chiave per leggere la proposta di Fraenkel sta, come si è già accennato, nella sua idea di rafforzare il ruolo politico del Parlamento e a tal fine di cercare gli strumenti per bloccare il suo apparentemente inarrestabile declino di funzionalità, di legittimità e di potere: investire la tendenza alla marginalizzazione del Parlamento, secondo Fraenkel, è un progetto politico con il quale ridurre il potere del Reichspräsident e degli apparati burocratico-amministrativi legati al potere esecutivo e giudiziario [254].

Costituzione di Weimar e movimento operaio non sono gemelli siamesi [255]. Il distacco del partito dalla Costituzione — se dovesse essere necessario — non deve e non sarà per il movimento operaio una operazione di vita o di morte La malattia della Costituzione non necessariamente deve infettare e avvelenare la vita e la salute del partito. [256]

E non è del resto un caso, rileva Fraenkel, che « i sabotatori della Costituzione il cui esponente di maggior rilievo è Hugenberg vogliano far fallire la Costituzione grazie alle sue proprie difficoltà » [257]. La loro tattica consiste, cioè, in una difesa rigida di determinati istituti salvo poi proclamare o richiedere lo ' stato di emergenza ' non « per difendere la legalità in pericolo dai pericoli esistenti [...] ma solo per liquidare l'istituto giuridico che si trova in difficoltà » [258]. E mentre una riforma costituzionale mira a salvaguardare i ' principi fondamentali ', i difensori ad oltranza, almeno quelli di destra mirano a un vero e proprio mutamento della Costituzione (*Verfassungswandel*): la fedeltà alla Costituzione non può e non deve degenerare in *Verfassungsfetischismus*, in un feticismo costituzionale, se si vuol evitare che la sua difesa, almeno quanto al risultato finale, risulti una « inconsapevole e tragica collaborazione alla sua liquidazione ». Giudicare *tabú* il mutamento anche di una parola del testo costituzionale può significare correre

[254] Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., p. 10: « nel (sotto-)sistema politico weimariano c'è un elemento che regge, anzi cresce a mano a mano che la crisi procede: è il ruolo (e l'arbitrio) dell'élite burocratico-militare attorno al capo dello Stato ». Molto bene anche R. Löwenthal, *op. cit.*, p. 312: il Parlamento ' rappresenta ' i contrasti di classe e il sistema burocratico-esecutivo prende le ' decisioni ' centrali e unitarie. « In questa divergenza di funzioni si rende evidente il punto di frattura del sistema ».

[255] L'espressione è di Hilferding.

[256] Fraenkel, *Um die Verfassung*, cit., p. 86.

[257] Fraenkel, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in *Zur Soziologie* cit., p. 92.

[258] *Ibid.*

il pericolo che alla fine « della Costituzione stessa non resti neppure un'ombra ».

Riprendendo alcune categorie centrali della *Verfassungslehre* schmittiana (« utilizzando il nucleo produttivo della dottrina di Carl Schmitt, che una Costituzione è una decisione storica sui principi di fondo secondo i quali uno Stato debba essere formato » [259]), Fraenkel propone allora di *limitare 'la libertà'* del Parlamento, per *rafforzarne i poteri*, e al tempo stesso di rivedere le determinazioni stesse dell'articolo 48 relative alle competenze del Reichspräsident. In sostanza si tratta di impedire che la convergenza polemica degli 'opposti estremisti', dei nemici dichiarati della Costituzione di Weimar, e cioè la KPD e la NSDAP, produca la paralisi del Parlamento, giacché queste forze sono in grado di bloccare qualsiasi maggioranza ma non di fare delle proposte politiche positive. « Difendere il Parlamento da se stesso », impedire che « il Parlamento muoia di parlamentarismo », renderlo capace di agire e di rappresentare il centro del sistema politico, questo « ci pare essere il senso di una riforma costituzionale, le cui tendenze non sono rivolte contro Weimar ma anzi tendono a difendere la Costituzione dai suoi pericoli immanenti » [260]. L'operazione « al cuore della Costituzione » che bisogna intraprendere consiste nella modifica dell'articolo 54 che regola la vita e le funzioni del Parlamento, introducendo il 'voto di sfiducia costruttivo' e cioè un abbinamento tra sfiducia e proposta positiva al fine cioè di bloccare la strategia di quei gruppi di opposizione « tra loro nemici mortali che si accordano » al fine di far cadere un governo, dopo la caduta del quale, però, non c'è alcuna possibilità di formare « un governo che sia assicurato dalla ripetizione del destino del precedente » [261]. Tale proposta è frutto evidentemente di un doppio processo: l'allargamento dei poteri del Parlamento ma anche una drastica riduzione dei suoi diritti o meglio dei diritti dell'opposizione almeno « fino a che essa non sia pronta o capace di assumere la responsabilità » [262].

E poiché le competenze del Reichspräsident (e dell'apparato burocratico) si erano dilatate in modo direttamente proporzionale alla riduzione di funzionalità e centralità politica del Parlamento, la

[259] Ivi, p. 92. Nell'articolo Fraenkel critica l'analisi schmittiana della Costituzione weimariana proprio rifacendosi a questa fondamentale intuizione politica dello Schmitt. Nell'articolo *Um die Verfassung*, cit, p. 84, aveva ad esempio ricordato che « dev'essere considerato come un errore il contrapporre, come fa Carl Schmitt, la prima e la seconda parte della Costituzione di Weimar come due diverse Costituzioni ».
[260] Ivi, p. 98.
[261] Ivi, p. 96.
[262] Ivi, pp. 97-8.

tismo verso l'importanza e il ruolo dei meccanismi giuridico-costituzionali per il processo stesso di trasformazione.

La chiave per leggere la proposta di Fraenkel sta, come si è già accennato, nella sua idea di rafforzare il ruolo politico del Parlamento e a tal fine di cercare gli strumenti per bloccare il suo apparentemente inarrestabile declino di funzionalità, di legittimità e di potere: investire la tendenza alla marginalizzazione del Parlamento, secondo Fraenkel, è un progetto politico con il quale ridurre il potere del Reichspräsident e degli apparati burocratico-amministrativi legati al potere esecutivo e giudiziario [254].

> Costituzione di Weimar e movimento operaio non sono gemelli siamesi [255]. Il distacco del partito dalla Costituzione — se dovesse essere necessario — non deve e non sarà per il movimento operaio una operazione di vita o di morte La malattia della Costituzione non necessariamente deve infettare e avvelenare la vita e la salute del partito. [256]

E non è del resto un caso, rileva Fraenkel, che « i sabotatori della Costituzione il cui esponente di maggior rilievo è Hugenberg vogliano far fallire la Costituzione grazie alle sue proprie difficoltà » [257]. La loro tattica consiste, cioè, in una difesa rigida di determinati istituti salvo poi proclamare o richiedere lo ' stato di emergenza ' non « per difendere la legalità in pericolo dai pericoli esistenti [...] ma solo per liquidare l'istituto giuridico che si trova in difficoltà » [258]. E mentre una riforma costituzionale mira a salvaguardare i ' principi fondamentali ', i difensori ad oltranza, almeno quelli di destra mirano a un vero e proprio mutamento della Costituzione (*Verfassungswandel*): la fedeltà alla Costituzione non può e non deve degenerare in *Verfassungsfetischismus*, in un feticismo costituzionale, se si vuol evitare che la sua difesa, almeno quanto al risultato finale, risulti una « inconsapevole e tragica collaborazione alla sua liquidazione ». Giudicare *tabù* il mutamento anche di una parola del testo costituzionale può significare correre

[254] Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., p. 10: « nel (sotto-)sistema politico weimariano c'è un elemento che regge, anzi cresce a mano a mano che la crisi procede: è il ruolo (e l'arbitrio) dell'élite burocratico-militare attorno al capo dello Stato ». Molto bene anche R. Löwenthal, *op. cit.*, p. 312: il Parlamento ' rappresenta ' i contrasti di classe e il sistema burocratico-esecutivo prende le ' decisioni ' centrali e unitarie. « In questa divergenza di funzioni si rende evidente il punto di frattura del sistema ».

[255] L'espressione è di Hilferding.

[256] Fraenkel, *Um die Verfassung*, cit., p. 86.

[257] Fraenkel, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in *Zur Soziologie* cit., p. 92.

[258] *Ibid.*

il pericolo che alla fine « della Costituzione stessa non resti neppure un'ombra ».

Riprendendo alcune categorie centrali della *Verfassungslehre* schmittiana (« utilizzando il nucleo produttivo della dottrina di Carl Schmitt, che una Costituzione è una decisione storica sui principi di fondo secondo i quali uno Stato debba essere formato » [259]), Fraenkel propone allora di *limitare ' la libertà '* del Parlamento, per *rafforzarne i poteri*, e al tempo stesso di rivedere le determinazioni stesse dell'articolo 48 relative alle competenze del Reichspräsident. In sostanza si tratta di impedire che la convergenza polemica degli ' opposti estremisti ', dei nemici dichiarati della Costituzione di Weimar, e cioè la KPD e la NSDAP, produca la paralisi del Parlamento, giacché queste forze sono in grado di bloccare qualsiasi maggioranza ma non di fare delle proposte politiche positive. « Difendere il Parlamento da se stesso », impedire che « il Parlamento muoia di parlamentarismo », renderlo capace di agire e di rappresentare il centro del sistema politico, questo « ci pare essere il senso di una riforma costituzionale, le cui tendenze non sono rivolte contro Weimar ma anzi tendono a difendere la Costituzione dai suoi pericoli immanenti » [260]. L'operazione « al cuore della Costituzione » che bisogna intraprendere consiste nella modifica dell'articolo 54 che regola la vita e le funzioni del Parlamento, introducendo il ' voto di sfiducia costruttivo ' e cioè un abbinamento tra sfiducia e proposta positiva al fine cioè di bloccare la strategia di quei gruppi di opposizione « tra loro nemici mortali che si accordano » al fine di far cadere un governo, dopo la caduta del quale, però, non c'è alcuna possibilità di formare « un governo che sia assicurato dalla ripetizione del destino del precedente » [261]. Tale proposta è frutto evidentemente di un doppio processo: l'allargamento dei poteri del Parlamento ma anche una drastica riduzione dei suoi diritti o meglio dei diritti dell'opposizione almeno « fino a che essa non sia pronta o capace di assumere la responsabilità » [262].

E poiché le competenze del Reichspräsident (e dell'apparato burocratico) si erano dilatate in modo direttamente proporzionale alla riduzione di funzionalità e centralità politica del Parlamento, la

[259] Ivi, p. 92. Nell'articolo Fraenkel critica l'analisi schmittiana della Costituzione weimariana proprio rifacendosi a questa fondamentale intuizione politica dello Schmitt. Nell'articolo *Um die Verfassung*, cit, p. 84, aveva ad esempio ricordato che « dev'essere considerato come un errore il contrapporre, come fa Carl Schmitt, la prima e la seconda parte della Costituzione di Weimar come due diverse Costituzioni ».

[260] Ivi, p. 98.

[261] Ivi, p. 96.

[262] Ivi, pp. 97-8.

proposta fraenkeliana di introduzione della ' sfiducia costruttiva ' doveva parallelamente essere fiancheggiata e sostenuta da un'altra che mirasse alla riduzione del margine di discrezionalità politica e di arbitrio del presidente del Reich: in analogia con la prima proposta, egli sottolinea, sarebbe ovvio pretendere che « un Parlamento che richiede la soppressione di una misura d'emergenza, contemporaneamente presenti al presidente per l'esecuzione una legge sostitutiva. Giudichiamo però una corrispondente riforma della Costituzione inattuabile e irrealizzabile »[263], giacché produrrebbe piú conflitti di quanti sarebbe in grado di risolvere positivamente. Fraenkel ritiene che una possibile via d'uscita sia quella, nel caso di un conflitto tra Parlamento e presidente (« per ora », egli aggiunge, « non è il caso di discutere se fu o meno un errore cedere alle sollecitazioni di Max Weber e far eleggere il presidente direttamente dal popolo »), in relazione alla revoca di un decreto d'emergenza, di rimettere la decisione al popolo. Cosí come il presidente ha il diritto di convocare un plebiscito su una legge del Parlamento, all'inverso il Parlamento deve poter chiedere un plebiscito sull'operato del presidente. In tal modo l'azione referendaria non si limiterebbe solamente ad agire su decisioni ' positive ' (le leggi votate dal Parlamento) ma anche su proposte ' negative ', e cioè su una eventuale proposta parlamentare di abolizione di una *Notverordnung* la cui emanazione è competenza del Reichspräsident in base all'articolo 48. Una simile modifica potrebbe ridurre la spinta da parte del presidente a ricorrere all'arma dello scioglimento del Parlamento e « render possibile il funzionamento della Costituzione »[264]. Dopo aver passato criticamente in rassegna, per respingerle, le proposte reazionarie di revisione costituzionale, del tipo camera alta, o voto plurimo o ' qualitativo ', liquidate come « artificiose macchinazioni che [distruggono] la vera opinione del popolo », Fraenkel, tuttavia, trae una previsione pessimistica da quello che definisce il carattere ' tragico-paradossale ' della situazione costituzionale: e cioè la non coincidenza tra volontà politica e utilità della riforma costituzionale, tra grammatica delle istituzioni e logica della *Macht*. O, come piú comunemente si direbbe, sull'impossibilità (o solo difficoltà?) di cambiare consensualmente le regole del gioco mentre si gioca:

Fosse possibile una riforma costituzionale stante l'attuale Parlamento, essa sarebbe superflua. Dalla impossibilità di far attuare la riforma della Costituzione dal Parlamento risulta la sua necessità.[265]

[263] Ivi, p. 99.
[264] Ivi, p. 100.
[265] Ivi, p. 102. Dopo aver ricordato che Marx aveva caratterizzato una simile

È come chiedersi se le decisioni fondamentali che legittimano una *Verfassung* e sulle quali è costruito uno Stato possano produrre nuove forme e nuove istituzioni nelle quali rivivere. O se invece il bisogno di riforme costituzionali sia solo il sintomo che i ' valori ' sui quali essa si basava sono entrati in crisi, divenendo essi stessi oggetti di lotta politica. A Weimar fu cosí [266].

I due contributi che Otto Kirchheimer dedicò al dibattito sulla riforma costituzionale hanno, nella sua biografia intellettuale, un'importanza straordinaria, politica e piú propriamente teorica. Tra l'altro in esse si manifesta un'ulteriore presa di distanza da certe sue precedenti analisi e un approfondimento della polemica con Carl Schmitt e, in particolare, nei confronti dell'analisi che quest'ultimo aveva proposto in *Legalität und Legitimität*. Non è certo un caso che il primo dei due articoli che qui vengono presi in esame si apra con una affermazione di esemplare chiarezza:

Il tentativo, intrapreso in particolar modo da Carl Schmitt nel suo scritto *Legalität und Legitimität*, di imputare gli errori del nostro attuale ordinamento statale ai concreti contrasti all'interno della Costituzione di Weimar, ha certamente aperto una serie di interessanti prospettive teorico-costituzionali; tuttavia, non ha affatto fornito la prova che le concrete fonti d'errore delle relazioni politiche tedesche avessero la loro origine nelle forme costituzionali specifiche solo della Costituzione di Weimar. [267]

Dopo aver constatato che « oggi in Germania nell'appello alla

situazione constatando che « la maggioranza del Parlamento era contro la Costituzione e però la Costituzione contro la maggioranza del Parlamento », sottolinea che la richiesta di maggioranza ' qualificata ' per introdurre delle modifiche costituzionali rende il compito piú difficile non solo « ai nemici della Costituzione » ma pone « anche ai sostenitori della Costituzione difficoltà apparentemente insuperabili di rendere vitale la Costituzione attraverso delle riforme » (*ibid.*). Del tutto fuori fuoco la critica di Blanke, *Zur Diskussion* cit., p. 165, a quello che lui definisce il dilemma della « teoria riformista dello Stato ». Cosí pure A. Söllner, *Geschichte und Herrschaft*, cit., p. 110, il quale riferendo del dibattito Fraenkel-Kirchheimer sostiene che « un conservatorismo costituzionale strategicamente inteso sarebbe (stato) piú all'altezza della situazione storica che non lo zelo tecnico per le riforme ».

[266] Neumann: « Ciò nonostante la democrazia avrebbe potuto egualmente sopravvivere, ma solo se il sistema di valori democratici fosse stato saldamente radicato nella società », *Behemoth* cit., p. 45. Ovviamente rimane aperta la discussione sul concetto di ' difesa della democrazia ' e dei limiti posti ai diritti delle minoranze. Non c'è dubbio che alcune argomentazioni fraenkeliane sono state letteralmente riprese nel secondo dopoguerra dalle sentenze della Corte costituzionale della RFT per motivare giuridicamente la liceità rispetto alla Costituzione del *Berufsverbot* e, in precedenza, la messa fuori legge della KPD. Il problema resta ancora quello se esiste un ' nemico ' della Costituzione e com'è possibile definirlo restando nei limiti dello Stato di diritto.

[267] Kirchheimer, *La riforma costituzionale, infra*, p. 175.

riforma della Costituzione si ritrovano le intenzioni piú opposte » Kirchheimer respinge le proposte di parte conservatrice come quelle contenute nelle dichiarazioni programmatiche del governo Papen-Gayl: in pieno accordo con Fraenkel, egli le giudica come un tentativo di giustificazione a posteriori del colpo di Stato del 20 giugno 1932[268], animate non certo dall'intenzione di contribuire « a rimuovere il problema delle odierne difficoltà mediante un possibile miglioramento dei metodi democratici ». La prova di ciò è, secondo Kirchheimer, l'analisi delle modificazioni costituzionali introdotte in Austria nel 1929 sotto la spinta del potente movimento della *Heimwehr* e nate da un compromesso tra il minoritario partito socialdemocratico e la maggioranza costituita dai cristiano-sociali e dai pantedeschi (egli rinvia esplicitamente alla critica sviluppata da Kelsen nel volume 18 dello « Jahrbuch des öffentlichen Rechts » del 1930), che hanno essenzialmente puntato a modificare lo *status* speciale di Vienna. A suo parere, anche in quel caso, risulta verificato e « confermato nelle nostre esperienze il principio che sempre prima il fallimento degli organi legali spiana la via al cesarismo » e che quindi « alla agonia dei rapporti sociali austriaci anche la riforma costituzionale non ha cambiato nulla ».

Certo, nota Kirchheimer,

ci sono determinate riforme, che, in casi concreti, i rappresentanti del ceto economicamente dipendente della popolazione possono approvare; ma che, d'altra parte, non si metterà in guardia a sufficienza dalle illusioni che si connettano alla trasformazione delle nostre relazioni giuridico-costituzionali.

Ancora sviluppando la sua polemica contro le proposte di destra che pensano o almeno fanno finta di credere di poter risolvere le difficoltà della democrazia tedesca, Kirchheimer argomenta riproponendo, per cosí dire, i termini strutturali, oggettivi del problema: queste difficoltà nascerebbero, infatti, dal fatto che la Germania vive una fase di trasformazione (*Umbruch*) non solo dei rapporti sociali ma, anche, dei rapporti tra le confessioni e tra i diversi *Länder*. Non è dunque la cattiva volontà dei partiti o delle confessioni o delle associazioni ma « la problematica oggettiva di questa determinata epoca storica che minaccia quasi di bloccare una direzione democratica dello Stato ». Gli spazi dunque per una riforma sono limitati e determinati: e ampiamente discutibile il tentativo di

[268] A seguito del quale la SPD fu estromessa dal governo della Prussia. Su questo cfr. O. Kirchheimer, *L'insegnamento costituzionale del conflitto prussiano*; e H. Heller, *Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?*, in « Frankfurter Zeitung », 10 agosto 1932.

spostare gli equilibri costituzionali a favore del potere esecutivo, riducendo la base democratica di fiducia del governo. La stessa argomentazione a favore di una democrazia plebiscitaria parallela a una progressiva marginalizzazione della rappresentanza degli interessi non sembra avere molte *chances*: « una democrazia presidenziale », egli commenta riprendendo precedenti temi di riflessioni, « rimane democrazia solo in un paese ampiamente omogeneo dal punto di vista sociale; nella situazione tedesca degenererebbe nella dittatura di un uomo o di un ceto su oppositori politici e sociali ». Ma se a Kirchheimer è possibile con una certa facilità liquidare le proposte di destra, richiamando l'espressione di Hermann Heller che le aveva definite « un corto circuito della capacità di pensiero »[269], piú complessa si rivela la sua risposta nei confronti di quelle posizioni, quali quelle di Simons o di Fraenkel, che da sinistra proponevano, animati da una intenzione democratica e con lo scopo di salvare i *Grundprinzipien* della Costituzione, delle riforme o dei mutamenti delle norme previste dal testo del 1919. Entrambe, infatti, puntavano, a differenza delle proposte di destra sempre caratterizzate in senso corporativo-monarchico e antiparlamentare, a difendere e valorizzare il Parlamento al fine ' possibile ' di accrescerne la funzionalità politica. E questo anche al prezzo di una riduzione dei diritti delle sue componenti.

Kirchheimer invece sviluppa un'argomentazione decisamente ' garantista ' proponendo una lettura *pura* dei diritti del Parlamento e dei partiti in esso rappresentati. A suo parere, poi, il vero quesito al quale le eventuali proposte di riforma debbono essere in grado di dar risposta è se poi « il mutamento e lo slittamento delle determinazioni organizzative cambia qualcosa di decisivo dei rapporti strutturali politici e sociali nell'ambito di un'esistente Costituzione democratica »[270].

Ovviamente egli non è di questo parere, per ragioni tecnico-specifiche e per motivazioni piú generali di principio. Ad esempio la proposta di Hans Simons che propone di consentire un voto di sfiducia a maggioranza semplice solo una volta l'anno, gli appare discutibile nella misura in cui ignora l'elemento specifico del sistema parlamentare, « la cui essenziale forma di espressione ancor oggi consiste nel fatto che ogni attività governativa può provocare una immediata reazione attraverso la rappresentanza popolare », mentre l'esito obiettivo di quella riforma sarebbe esattamente di produrre l'effetto opposto rispetto al quale essa era stata ideata. Infatti questa sorta di ' anno bianco ' programmatico solleciterebbe

[269] Cfr. « Neue Blätter für den Sozialismus », II, 1932.
[270] Kirchheimer, *La riforma costituzionale*, cit.

le tentazioni ' sostituzioniste ' della burocrazia ai danni del Parlamento il quale, oltretutto, perderebbe anche la stessa capacità di controllo su di essa e cioè: « in uno Stato con crescenti compiti amministrativi, forse l'ambito di competenze piú importanti del Parlamento », giacché sarebbe costretto a priori ad emettere una « autorizzazione in bianco di pieni poteri ».

Né meno drastico è il suo giudizio sulle proposte di Fraenkel, certo piú articolate e ricche di elementi validi: esse forse riuscirebbero a far coincidere per un attimo fuggevole Costituzione e realtà politica, ma in realtà impegnandosi in « una corsa senza speranze ». Infatti è impossibile strappare alla dittatura la spinta a una certa legittimazione del suo operato mediante un quadro democratico, ricorrendo ad un gioco formalistico di modifiche delle regole costituzionali. Esso, al massimo costringerebbe solamente a dover constatare che:

La democrazia, in quanto ordine giuridico che segue la realtà come un'ombra, alla prossima tappa dell'identificazione di diritto e realtà non sarebbe ormai altro che un'ombra della democrazia.[271]

La conclusione di Kirchheimer è altrettanto radicale quanto lo fu la sua analisi critica delle contraddizioni immanenti alla ' Costituzione senza decisione ': come allora l'*Entscheidung* significò rifiuto della forma strategica del compromesso cosí adesso il rinvio, solo apparentemente piú disincantato ma probabilmente piú impolitico, alla radice oggettiva delle difficoltà o meglio dell'agonia di Weimar, si risolve in un volontaristico appello a non « dimenticare i rapporti di produzione »:

una Costituzione che ad ogni passo corre il pericolo che si abusi delle sue attuali e future posizioni organizzative per distruggere la democrazia stessa, non soffre di difetti che *riforme* costituzionali possano correggere.

In realtà la produttività di future trasformazioni istituzionali dipendono « dalla direzione e dalla velocità del processo di trasformazione sociale » giacché ciò che distrugge la democrazia non è solo o soltanto la divaricazione degli interessi sociali o delle concezioni

[271] In una nota del successivo scritto *Riforma costituzionale e socialdemocrazia* Kirchheimer difende Fraenkel dagli attacchi della KPD che lo aveva accusato di « collegamenti trasversali » con Carl Schmitt, il « teorico fascista dello Stato », prendendo in particolare spunto dalle sue proposte di riforma costituzionale. A sostegno della tesi ' socialfascista ' l'organo della KPD il « Roter Aufbau » accusava contemporaneamente Fraenkel di rappresentare la « nuova teoria revisionista dello Stato ».

ma la asimmetria tra le grandi organizzazioni sociali e i titolari del potere di comando sociale, poliziesco e militare. E a differenza di quanto avvenne allorché la borghesia trionfante dovette imporre *forme politiche* adeguate al suo potere reale nella società, in sé non problematico, oggi si tratta invece di realizzare « *un nuovo ordinamento dei rapporti sociali* ».

Nel secondo saggio dedicato allo stesso argomento e apparso nel 1933 [272], quando cioè la discussione sulla riforma costituzionale era stata di fatto ' risolta ' dalla fedeltà alla ' legalità ' del presidente Hindenburg, Kirchheimer fornisce una argomentazione teorica alla sua posizione contraria alle proposte di Fraenkel riassumendo e ridefinendo al tempo stesso la sua interpretazione del rapporto tra mutamento delle forme e dinamica sociale, e la sua particolare declinazione della dottrina marxista dello Stato. Rifacendosi a una importante affermazione di Engels che, analizzando criticamente sulla « Neue Zeit » del 1883 il *Juristensozialismus*, il socialismo dei giuristi, aveva efficacemente rilevato i nessi teologici tra *secolarizzazione e nascita del diritto e dello Stato*, Kirchheimer polemizza contro la tendenza delineatasi parallelamente nel riformismo centro-europeo e nel leninismo [273] alla ' ipostatizzazione ' dello Stato. In tal modo si sarebbero perse le radici materiali dello Stato che sarebbe stato trasformato in sfera autonoma:

non si poté, perciò, mai accordare la teoria marxista dello Stato con una considerazione che assumeva come punto di partenza delle discussioni teorico-statali e teorico-costituzionali la nozione aprioristica degli oggetti statali e sociali al di là dell'esperienza sociale concreta e indipendentemente da essa.

Solo l'analisi del concreto *Standort* (luogo d'origine) sociale può illuminare il campo di validità delle teorie giuridico-costituzionali. A sostegno di questa tesi ortodossa Kirchheimer richiama, citandola favorevolmente, la relazione di Hilferding al congresso di Kiel del 1927 (« capitalismo organizzato ») là dove quest'ultimo aveva ribadito che il metodo marxista richiede di sottoporre a critica il feticismo che si ' appiccica ' ai fenomeni sociali per non restare prigionieri delle costruzioni borghesi e specificamente della filosofia tedesca dello Stato.

In questo caso, dunque, l'ortodossia del massimo teorico della tesi del ' doppio progresso ' torna utile a Kirchheimer per dare

[272] Kirchheimer, *Riforma costituzionale e socialdemocrazia*, *infra*, pp. 186 ss.
[273] Ritornano certe affinità con l'elaborazione di Korsch che, come Kirchheimer, aveva abbandonato la precedente adesione al leninismo letto attivisticamente.

forza alla sua polemica che si spinge ancora piú avanti aggirando di fatto il vero significato sotteso a quel disperato tentativo di non accettare l'alternativa tra possibile ricorso alla ' guerra civile ', sia pure quale estremo atto per difendere la legalità, o impotente, retorica difesa *in toto* della Costituzione [274]. Kirchheimer si richiama in questo alle posizioni assunte dalla socialdemocrazia austriaca al congresso di Linz [275]. « Nel momento in cui si cerca di distruggere i fondamenti della democrazia rimane solo il mezzo della forza ». Certo il *Bürgerkrieg* offensivo non sembra né possibile né sensato ma, come Bauer aveva dimostrato, per una ragione che va oltre la pur rilevante obiezione ' revisionista ' [276] del vecchio Engels, secondo la quale si tratterebbe di una impossibilità, per cosí dire, tecnica, legata cioè al livello raggiunto dall'armamento dell'esercito che rende improponibile una rivoluzione in senso classico. Una simile vittoria, infatti, « con tutti i suoi effetti sociali, costerebbe troppo cara ad un partito che nel socialismo non vede soltanto un nuovo sistema di potere, ma soprattutto il risultato di un nuovo sistema di vita ». Anche in questo caso dunque non si tratta di un amore ' formalistico ' per la democrazia ma di un giudizio funzionale su quale sia la via migliore per raggiungere l'obiettivo finale. Non è la democrazia in sé ma quello che essa *consente* che ha valore. Lo stesso vale per la Costituzione. Nel momento in cui gruppi decisivi, economici e sociali, non sono piú disposti a rispettare le ' regole del gioco ', anche la posizione della socialdemocrazia nei confronti della Costituzione deve cambiare. E se Fraenkel sostiene che SPD e Costituzione di Weimar non sono dei ' gemelli siamesi ' ha ragione. Anzi dovrebbe arrivare a sostenere che « la socialdemocrazia non potrà a lungo stringere con alcuna Costituzione della società presocialista un'alleanza eterna ». Ma l'obiettivo dell'affermazione di Fraenkel si muove esattamente nella direzione opposta: parlando di

[274] Che e perché non abbia avuto *mai* successo una ' guerra civile ' promossa dalla sinistra, anche a fini di difesa della Costituzione se non in presenza di un ' nemico ' esterno, è un ordine di riflessioni che va oltre i limiti del presente saggio.

[275] Cfr. Marramao, *Austromarxismo e socialismo* cit., in particolare pp. 91 ss. Molto giustamente Marramao analizzando la vicenda della socialdemocrazia austriaca e le ragioni della sua disfatta, mette definitivamente fine alla leggenda che identifica ' revisionismo ' con ' legalismo ' e svela « le aporie della ' violenza difensiva ' ». Si veda anche la recensione di quest'opera scritta da G. E. Rusconi in « Studi storici », n. 2, 1978, pp. 423-8.

[276] F. Engels, *Introduzione* a K. Marx, *Le lotte di classe in Francia*, per l'edizione del 1895. Sulla portata di questo scritto e sul ruolo da esso avuto nel dibattito della II Internazionale cfr. L. Colletti, *Bernstein e il marxismo della Seconda Internazionale*, in E. Bernstein, *I presupposti del socialismo e i compiti della socialdemocrazia*, Bari 1968; e B. Gustafsson, *Marxismus und Revisionismus*, Frankfurt a.M. 1972.

separazione di destini della socialdemocrazia da quelli del testo scritto della Costituzione egli mirava ad avere le mani libere per introdurre nuove norme grazie alle quali salvare i principi fondamentali e salvaguardare un minimo di funzionamento costituzionale:

[egli] ci consiglia di mettere da parte le nostre amate idee sulla bellezza della Costituzione e di occuparci di quelle trasformazioni del sistema costituzionale, che sole possono rendere possibile il funzionamento della Costituzione.

Secondo Kirchheimer si tratta di « un errore di principio » giacché in tal modo si dimentica che un partito socialista non è interessato « semplicemente al funzionamento di una Costituzione, ma lo è soltanto se la Costituzione stessa è ' bella ' ».

Certo l'intenzione di Fraenkel è quella di riportare a una misura sopportabile la tensione tra ordine legale e concreti rapporti di potere, cosa in sé non criticabile, visto che « il senso di ogni politica sta nel risolvere tali rapporti conflittuali ». Ma questo può avvenire lungo due vie: o adattando l'ordine legale ai concreti rapporti di potere o, all'inverso, cercando di trasformare i rapporti di potere in modo tale da rendere possibile una sensata realizzazione dell'ordinamento legale.

In realtà, però, dietro e oltre queste obiezioni, in un certo senso tradizionali, di Kirchheimer si celano due convincimenti (che segnalano una continuità interna del suo pensiero) circa l'inutilità politica o addirittura l'impossibilità teorica di una riforma della Costituzione da sinistra. Kirchheimer, infatti, ritenendo *strutturalmente* instabile e in continuo disequilibrio una Costituzione basata su una società non omogenea, giudica insostenibile e improduttiva la posizione dell'interesse generale al suo funzionamento:

in una Costituzione che non poggia su una struttura sociale relativamente unitaria, bensí in cui ogni spostamento d'equilibrio all'interno degli organi statali può significare una dislocazione dell'egemonia da un ceto sociale all'altro, non può esservi un interesse generale al mero funzionamento.

Certo nei sistemi democratici può avvenire che « la sovrastruttura ideologica dell'ordinamento giuridico ' preceda zoppicando ' i reali rapporti di potere » e che, in senso giuridico-formalistico, si accenda un conflitto tra il Parlamento e l'esecutivo. Ma quest'ultimo in quanto « luogo del potere reale », cercherà di influenzare lo sviluppo complesso nel senso dei propri interessi sociali ed economici con la parola d'ordine « si deve governare ». Senza accorgersene, dun-

que, secondo Kirchheimer, Fraenkel si sarebbe, sulla scia di Carl Schmitt, impigliato in una « deduzione giuridico-costituzionale [...] altrettanto indiscutibilmente sostenibile dal punto di vista giuridico quanto nel punto decisivo, sociologicamente irrilevante ». Giudicare, infatti, un valore in sé il funzionamento del regime costituzionale e proporre una riforma che valorizzi il ruolo del Parlamento attraverso l'introduzione della sfiducia costruttiva, è non solo una posizione errata e pericolosa ma, cosa ben piú grave, *reazionaria* nel vero senso del termine. Va, cioè, contro le oggettive tendenze di trasformazione dei sistemi politici nell'epoca delle grandi organizzazioni sociali e della lotta di classe. *Il Parlamento che funziona è una utopia e una irrealtà.*

Da un punto di vista storico-costituzionale, poi, la riforma fraenkeliana ricorda per molti versi la *Lückentheorie* bismarckiana che sul piano sociale esprimeva una classe che non riusciva a trovare la via di espressione. In ogni caso si tratta di una posizione pericolosa che spiana la strada proprio a quei processi di involuzione burocratica e di autonomizzazione degli apparati che invece vorrebbe bloccare. Il governo sarebbe, infatti, non solo *de facto* ma anche *de jure* indipendente dal Parlamento che, quale ricompensa, riceverebbe solo il riconoscimento alla ' influenza morale '. La seconda obiezione di Kirchheimer è ancora piú radicale e di principio: in piena continuità con la sua precedente elaborazione, egli infatti ribadisce la tesi secondo la quale la realtà e il ruolo del Parlamento erano finiti con l'emergere del conflitto di classe e con la fine dell'omogeneità sociale e ' di valore ':

L'idea che un tale Reichstag [che dovrebbe per debolezza autolimitarsi] sarebbe moralmente e praticamente in grado d'influenzare l'incredibilmente complesso apparato amministrativo, che è nelle mani di una burocrazia omogenea e rigidamente chiusa, è sbagliata.

E proprio perché nell'epoca di un crescente e diretto intervento dello Stato negli ambiti complessivi della vita sociale, la presa di possesso dell'apparato è divenuta piú importante di qualsiasi influenza morale o controllo che una istanza parlamentare sia in grado di esercitare sul campo dell'amministrazione, per questo nel dopoguerra « la funzione del Parlamento si è continuamente trasformata ».

In tutti i paesi a Costituzione democratica, che hanno spiccato carattere di classe, l'accento decisivo della democrazia sta *prima* dell'attività del Parlamento. [277]

[277] Di qui una posizione strumentale nei confronti della ' macchina statale '

Da questo deriva necessariamente che se una classe vuole, particolarmente in Germania, influenzare l'amministrazione deve cercare di « penetrare nel corpo burocratico ». Se si esclude questa ipotesi, allora l'idea di Fraenkel non serve a nulla:

un Reichstag che non è in grado di nominare un governo, non può nemmeno compiere una produttiva opera di legislazione che possa nuovamente bilanciare, per mezzo di norme di legge dettagliate, la scarsa influenza sull'esercizio diretto dell'amministrazione.

Questa obiezione di principio relativa al mutamento strutturale di funzione nel sistema politico del parlamentarismo si rivela secondo Kirchheimer insuperabile e giustifica ampiamente il rifiuto di parte socialdemocratica di accettare una riforma della Costituzione che « affida — fino a un certo punto di diritto, quantomeno però di fatto — alla discrezione della burocrazia l'esistenza della democrazia ». Non si tratta dunque di « conservatorismo costituzionale » da parte della SPD: si tratta invece di prendere atto del carattere radicalmente mutato della situazione politica complessiva. E se fino ad allora era dominante la convinzione secondo la quale sarebbe stato possibile « uno sviluppo continuo delle nostre istituzioni politiche » nell'ampio quadro della Costituzione di Weimar, oggi bisogna constatare che « la rapidità del processo di disgregazione borghese, nella nostra attuale situazione di crisi, ha fatto vacillare la costruzione weimariana ».

La situazione in generale, conclude Kirchheimer, è sotto tutti gli aspetti tornata nuovamente in movimento: si delineano concrete possibilità di riprendere una strategia offensiva in direzione del socialismo. È l'ora di « un'ultima offensiva » di lotta con la quale trasformare la stessa forma costituzionale. Del resto, infatti, non è forse vero che il concreto sviluppo della Costituzione può solamente essere il prodotto della lotta? e che « le rivoluzioni non sono prodotti della Costituzione, bensí le Costituzioni sono quasi sempre il monumento di una rivoluzione riuscita »?.

che in fondo può solo essere o 'distrutta' o 'occupata' ma mai *riformata*. In questo senso, pure con notevoli differenze (cfr. Racinaro, *Introduzione* a Kelsen, *Socialismo e Stato*, cit., pp. LIII ss.), la posizione di Kelsen e di Weber sulla 'centralità' politica del Parlamento in un sistema costituzional-democratico è ben piú esplicita di quanto non si voglia di solito ammettere.

8. *Legittimità contro legalità*[278]: *la riscoperta di Kelsen e la polemica con Carl Schmitt*

Dopo aver definito le caratteristiche essenziali dello Stato legislativo come « sistema statale dominato da norme, di contenuto misurabile e determinabile, impersonali e perciò generali », in cui « ' governano le leggi ', non uomini, autorità o magistrature; piú esattamente ancora, le leggi non governano, esse si limitano ad avere valore di norme », al quale si contrappone « lo Stato governativo, che ha il suo tratto caratteristico *nella volontà personale* e *nel comando autoritario di un capo di Stato che governa* »[279], Carl Schmitt analizza il nesso tra legalità e legittimità. Avendo presente, ma non condividendo la tesi di Max Weber, egli sottolinea infatti che lo « Stato legislativo parlamentare, con il suo ideale e sistema di una legalità rigorosa » ha teso tramite la ' legalità ' a « rendere superflua ed eliminare tanto la *legittimità* (*del monarca come anche della plebiscitaria volontà popolare*) *quanto ogni autorità fondata su se stessa o su una autorità superiore* »[280] e quindi a ricondurre legalità e legittimità a « un concetto comune di legittimità, mentre la legalità si pone proprio in contrasto con la legittimità »[281]. Lo Stato legislativo « veicolo tipico di un'era riformistico-revisionistico-evoluzionistica, correlata di programmi di partito, che cerca di realizzare il ' progresso ' sul piano legale parlamentare, per mezzo di leggi giuste »[282], era vissuto nella illusione di poter integrare tutto, di poter, cioè, *costringere entro la legalità* anche i movimenti piú rivoluzionari e radicali e, cosí, di poter « dare via libera » (Max Weber) a tutti gli scopi e le tendenze pensabili.

Uno svolgimento che funzionasse contemporaneamente nel senso di fondare un nuovo ordine, restando però del tutto ' neutrale '. Il razionalismo caratteristico del sistema di legalità si rovescia qui palesemente nel suo opposto.[283]

[278] Cosí suona il titolo del bel lavoro di H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, Darmstadt 1964.

[279] C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze* cit., pp. 262-350; trad. parziale it. in *Le categorie del ' politico '*, cit., pp. 211-244; questa citazione è tratta dalla trad. it., pp. 212-3; il corsivo è nostro.

[280] Ivi, pp. 217-8; il corsivo è nostro.

[281] Ivi, p. 218. Per il rapporto tra ' legalità e legittimità ' nell'opera di Weber cfr. J. Winckelmann, *Gesellschaft und Staat in der verstehenden Soziologie Max Webers*, Berlin 1957, che a p. 36 fa anche riferimento all'opera sopracitata di Schmitt.

[282] Schmitt, *Legalität und Legitimität*, trad. it. cit., p. 216. Sono esattamente i termini nei quali Kirchheimer nella sua dissertazione del 1928 aveva descritto le tesi del ' doppio progresso '.

[283] Ivi, p. 219. Nella *Anmerkung* 2 (cfr. p. 346 ed. tedesca) Schmitt pole-

che non farà cattivo uso del grande potere che sta nel porre la domanda. Si tratta di un'autorità di tipo significativo e particolare. Essa può scaturire da diverse fonti: dall'effetto e dall'impressione di un grande successo politico; dai residui autoritari ancora esistenti di un'età predemocratica; o dalla reputazione politica di una *élite* parademocratica.

Schmitt, com'è chiaro, si lascia aperte tutte le possibili soluzioni in una situazione ancora in pieno movimento: fuor di metafora, cioè, Hitler o comunque un capo carismatico che vinca sul campo [289], Hindenburg e con lui i vecchi rappresentanti della casta militare e prussiana, come von Papen che, nei giorni in cui questo saggio venne scritto, succedeva a Brüning o, infine, una coalizione di partiti conservatori.

Il suo vero obiettivo polemico si rivela, infatti, proprio nelle ultime righe del saggio: è ancora una volta la liquidazione della *Verfassung* di Weimar ma in un senso diverso, anzi opposto, rispetto a quello che aveva esposto nella *Verfassungslehre*. Questa volta egli si volge contro la prima parte della Costituzione e cioè contro le forme organizzative del *Reichtsstaat* che nel saggio del 1928, invece, aveva definito, in funzione polemica contro la seconda parte relativa ai ' doveri e ai diritti fondamentali ', la *Grundentscheidung*, la ' decisione fondamentale ' che dava senso e sostanza alla Costituzione. Ma allora, nel 1928, con la formazione della grande coalizione di Müller il vero pericolo era una interpretazione ' estensiva ' degli ' elementi di socialismo ' presenti nella seconda sezione. Ora, nel 1932, in piena crisi, la situazione si è totalmente capovolta: la SPD è in crisi ed è politicamente concreto l'obiettivo della liquidazione delle ' forme ' dello Stato di diritto. Dopo aver sottolineato che

viene universalmente avvertita come necessaria una riforma della Costituzione. Anche la specie piú infima di interessi allo *status quo* è d'accordo però nella richiesta di ' riforme ' [290]

voto serve solo a far risaltare un accordo e una unanimità già esistente e presupposta, seppure in forma latente »; cfr. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, cit., pp. 234-5. Su questa omogeneità sostanziale ma latente si fonda anche la ' legittimità ' del plebiscito: « Il senso dell'espressione plebiscitaria di volontà non è però la normazione ma, come il termine *Volksentscheid* molto bene rivela, decisione attraverso una volontà. [...] Il popolo può solo dire « sí » o « no »: non può consigliare, deliberare o discutere: non può governare e neppure amministrare; non può neanche produrre norme ma solamente sanzionare con un suo « *sí* » il progetto di legge che gli viene presentato »; cfr. ivi, pp. 339-40.

[289] Kirchheimer, *infra*, p. 164: « Si può fare il tentativo di istituzionalizzare un carisma personale — la storia di Mussolini l'ha dimostrato chiaramente — solo quando vi sia una prova certa e tangibile del carisma ».

[290] Schmitt, *Legalität und Legitimität* cit., pp. 343-4.

Infatti sotto la spinta *dissolutrice* del pluralismo delle *potenze* sociali, la legalità dello Stato legislativo si rivela *impotente* a salvaguardare l'unità. In uno Stato che è « quantitativamente ' totale ' per l'ampiezza e l'ambito dei suoi interventi e al tempo stesso è frantumato (*zerteilt*) in quanto Stato partitico pluralistico », anche la *Verfassung* si dissolve nelle sue contraddittorie parti costitutive e nelle diverse possibilità d'interpretazione e

nessuna finzione normativistica di una ' unità ' impedirà che ogni gruppo in lotta si impadronisca di quel pezzo di Costituzione e di quella espressione costituzionale che gli sembra meglio appropriata per mandare al tappeto [*zu Boden schlagen*] l'avversario anche in nome della Costituzione. *Legalità, legittimità e Costituzione contribuirebbero cosí anziché ad impedire la guerra civile, solo alla sua intensificazione.* [284]

Questa diagnosi del mutamento epocale di funzione e di natura dello Stato [285], stilata da Schmitt su misura della crisi di Weimar, gli consente di formulare una prognosi politicamente adeguata alle sue intenzioni [286]: riprendendo posizioni tipicamente reazionarie, come quelle esposte ad esempio da Ziegler [287], egli sottolinea il *bisogno* di « una stabile autorità per intraprendere le necessarie spoliticizzazioni (*Entpolitisierungen*) e strappare allo Stato totale sfere e ambiti di vita nuovamente liberi », autorità che dovrà basarsi su una *legittimità plebiscitaria*

verso la quale poter aver fiducia che essa porrà il giusto quesito [288] e

mizza con i sostenitori della democrazia del 51 per cento utilizzando l'espressione « la chimera del 51 per cento » usata da Kirchheimer nel suo saggio del 1967 *Vom Wandel der politischen Opposition*.

[284] Schmitt, *Legalität und Legitimität*, cit., p. 343; il corsivo è nostro.

[285] Ivi, p. 335. « La prassi attuale ha il suo ultimo fondamento nel fatto che nella realtà della vita statale lo stesso legislatore ha da tempo rinunciato alla distinzione tra legge [*Gesetz*] e provvedimento [*Massnahme*] ».

[286] O. Kirchheimer (in collaborazione con N. Leites), *Bemerkungen zu Carl Schmitt ' Legalität und Legitimität '*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », Bd. 68, 1933, pp. 457-87, ora in O. Kirchheimer, *Von der Weimarer Republik zum Fascismus*, cit. (questo saggio non è raccolto in questa antologia), pp. 148-9: « Ovviamente la cosa è ben diversa allorché non si tratta piú di una interpretazione della Costituzione di Weimar o di un'altra Costituzione democratica strutturata in modo simile ma della Costituzione ideale di un sistema statale corrispondente al sistema di valore e di giustificazione di Carl Schmitt ».

[287] O. Ziegler, *Autoritärer oder totaler Staat*, Tübingen 1932.

[288] Per poter criticare il principio maggioritario Schmitt ricorre all'argomentazione che già Adler aveva usato nel suo saggio del 1919: « Il metodo della formazione della volontà attraverso la semplice fissazione della maggioranza è sensato ed accettabile se viene presupposta una sostanziale omogeneità di tutto il popolo. In tal caso non si verifica una sopraffazione della minoranza, ma il

e aver, in precedenza, messo in luce che la seconda parte della Costituzione in realtà « è, di fronte alla prima parte *organizzativa di uno Stato legislativo parlamentare*, una, *seconda ed eterogenea* Costituzione »[291], Schmitt conclude indicando un vero e proprio programma politico facendo sue, paradossalmente, le ' intuizioni ' di Friedrich Naumann contro il formalismo di Preuss. L'obiettivo è quello di decidersi per un « ordine sostanziale » (*substanzhafte Ordnung*), contro il ' pluralismo ' delle classi, degli obiettivi e degli orientamenti:

ma ciò che confusamente e vagamente era nell'intenzione di Friedrich Naumann, allorché egli, sbeffeggiato dalle risa di un positivismo prebellico che nulla presagiva, avanzò il suo abbozzo relativo ai diritti fondamentali, aveva però *maggior relazione* con l'essenza di una Costituzione tedesca che la *Wertneutralität* [neutralità dei valori] di un sistema maggioritario funzionalistico.[292]

Dunque, posti di fronte a una scelta, essa dovrà avvenire in favore « *del principio della seconda Costituzione e del suo tentativo di un ordine sostanziale* »[293]. In tal modo, sviluppando il nucleo di questa seconda *Verfassung* nella Costituzione che certo (!) deve essere liberata dalle autocontraddizioni e dai limiti da compromissori[294], si potrà salvare l'idea di un'opera costituzionale tedesca. Al contrario, conclude Schmitt, « con le finzioni di un *funzionalismo maggioritario neutrale e contrario* a *valore* e *verità* » si è alla fine. E allora la verità si vendica.

Ciò che qui interessa[295] è ricordare che proprio all'inizio di questo saggio scritto alla vigilia della fine della Repubblica, Schmitt, esaminando il nesso legalità-legittimità nello Stato legislativo, si sia, ancora una volta, rifatto esplicitamente a Kirchheimer:

perciò io considero corretta la formulazione del saggio di Otto Kirchheimer su ' legalità e legittimità '[296] il quale afferma che la legittimità

[291] Ivi, pp. 293-4; il corsivo è nostro.

[292] Ivi, p. 344.

[293] *Ibid.*; il corsivo è nostro. Dunque anche questa seconda parte della *Verfassung* weimariana non è piú ' senza decisione '.

[294] *Ibid.* È immaginabile in che senso: resta, come la successiva esperienza della ' comunità di lavoro nazista ' metterà in luce, solo il momento della collaborazione ma non quello della parità nelle decisioni. Cfr. Th. W. Mason, *La politica sociale del Terzo Reich*, Bari 1980.

[295] Dobbiamo rinviare ad altra sede una analisi specifica di questo saggio, importantissimo, di Schmitt e delle repliche, spesso anche molto tecniche, contenute nelle *Bemerkungen* di Kirchheimer e Leites che si rifanno esplicitamente a Kelsen.

[296] *Infra*, pp. 115-33.

della democrazia parlamentare « consiste ormai soltanto nella sua legalità » e che oggi « manifestatamente il limite legale viene equiparato alla legittimità ».[297]

In realtà, però la citazione o almeno il contesto in cui essa è inserita, inganna: infatti nello scritto al quale Schmitt fa riferimento, e piú ancora in altri due successivi[298], Kirchheimer sviluppa una radicale critica delle posizioni schmittiane operando, al tempo stesso, una inversione profonda di alcune sue precedenti posizioni, svolta che già lascia intravedere gli elementi della riflessione che verrà sviluppata negli anni dell'esilio. Se volessimo descrivere questa *Kehre*, potremmo parlare di una riscoperta di Kelsen[299] e del valore della ' legalità '. O anche di un netto avvicinamento alle posizioni da tempo sostenute da Hermann Heller. Tutto il saggio di Kirchheimer *Legalità e Legittimità* è una replica puntuale, anche se spesso implicita, delle tesi sviluppate da Schmitt nello scritto che porta (non a caso) lo stesso titolo: dopo aver ricordato che « ogni sistema sociale ha l'esigenza di una certa legittimazione e, come ha detto una volta Max Weber, aspira a trasformarsi da un insieme di rapporti di forza esistenti in un consumo di diritti acquisiti », Kirchheimer respinge il tentativo di fondare (e giustificare giuridicamente) nella crisi dello Stato legislativo la funzione dittatoriale del *Reichspräsident*:

con la sostituzione delle funzioni legislative del Parlamento da parte del diritto di ordinanza di emergenza dato al presidente del Reich, il concetto di legalità ha comunque perduto il suo precedente significato. [...] Si rinvia al fatto che il presidente del Reich è eletto dal popolo. [...] Si traccia cosí facilmente il parallelo con il rapporto tra popolo e Parlamento; poiché, infatti, il popolo non avrebbe alcuna influenza sul contenuto delle leggi decise dal Parlamento, non ci sarebbe alcuna differenza qualitativa di fronte alla prassi autoritaria della ordinanza di emergenza da parte del presidente del Reich. Chi fa questo confronto trascura solo una decisiva differenza: quella tra Stato legislativo e dittatura. Lo Stato legislativo, la democrazia parlamentare[300] *non conosce altra*

[297] La citazione di Schmitt è tendenziosamente imprecisa. Cfr. *infra*, p. 120. Il saggio di Kirchheimer apparve nel numero di giugno del 1932 di « Die Gesellschaft » mentre quello di Schmitt, come lui stesso ricorda (cfr. *Legalität und Legitimität* cit., p. 345) era stato concluso il 10 luglio dello stesso anno. È molto probabile, dunque, che gli autori abbiano in qualche modo mantenuto un rapporto sí da consentire a Kirchheimer di poter tener conto delle idee presenti in un saggio apparso successivamente al suo. Su questo cfr. V. Neumann, *Der Staat im Bürgerkrieg*, Frankfurt/New York 1980, p. 122.

[298] *La dottrina costituzionale del conflitto prussiano* e *Reazione costituzionale*, *infra*, pp. 144-71.

[299] *Infra*, pp. 115 ss.

[300] Estremamente attuale, soprattutto in relazione alle vicende politiche

forma di legittimità al di fuori di quella della sua origine. Poiché la deliberazione che di volta in volta la maggioranza del momento si dà è legge sua e del popolo, la legittimità del suo ordinamento statale consiste solo nella sua legalità. [301]

La contrapposizione operata da Schmitt tra legalità e legittimità era possibile grazie allo sviluppo della tensione interna, meglio alla contrapposizione, di polarità concettuali da lui definite: parlamentarismo *versus* democrazia, Stato legislativo o Stato amministrativo, norma o decreto ecc., e all'assunto, esplicitato in *Legalità e Legittimità*, secondo il quale il *Reichtsstaat* acuisce la tendenza al *Bürgerkrieg*. Kirchheimer si oppone a tale costruzione concettuale, funzionale a determinati obiettivi politici: il regime presidenziale « è coperto » dalla legittimità plebiscitaria del Reichspräsident ma non caratterizzato dal segno della legalità al concetto della quale « appartiene non solo la genesi legale del potere ma, in primo luogo, il legale esercizio di esso » [302].

Certo la superiorità ' di valore ' dell'ordinamento legale resta puramente un dover essere o un'idea di ragione se non si dimostra nei fatti capace di ' mettere in forma ' il processo storico e, d'altra parte, un ordinamento che fa dipendere la sua esistenza dalla mera legittimità contrapposto alla legalità si rivela altamente instabile e contingente: incapace cioè di esaudire quella « pretesa alla durata » che è una delle caratteristiche decisive di ogni *Verfassung*:

La *chance* di ogni ordinamento legale di dominio consiste nella possibilità di integrare a sé la dialettica degli eventi storici con un attrito minore di quanto ciò consenta un ordinamento legittimo; infatti a questo è concesso di durare solo fintantoché gli riesce di rivestire, con l'apparenza di validità eterna, lo *status* politico e sociale di un determinato periodo storico. [303]

Questa è l'essenza *reazionaria* che anima i tentativi di liquidare la forma democratica della Costituzione weimariana: pensatori

della RFT, la discussione di Kirchheimer del concetto di *superlégalité constitutionelle* e sui limiti nella dichiarazione di ' illegalità ' di un partito politico che deve distinguere tra obiettivi proposti e concreti comportamenti. Cfr. *infra*, p. 126.

[301] *Infra*, p. 120; il corsivo è nostro.

[302] Il problema della legalità, anche per il socialismo, torna nell'ultimo saggio di Kirchheimer qui raccolto: egli prende le distanze dal suo primitivo leninismo, si avvicina a tematiche luxemburghiane e sottolinea l'importanza della democrazia di partito. Il suo giudizio sulla rivoluzione russa e sulle conseguenze ' statali ' del giacobinismo del partito leninista non è molto lontano da quello di Otto Bauer.

[303] *Infra*, p. 132.

come Schmitt o Popitz, cercano di opporsi « alla volontà delle masse popolari democratiche rivolte al futuro » giudicandola ' un anacronismo '. E quello che negli anni della Repubblica è apparso « come forma di una manifestazione, forse eruttiva, del rapido mutamento della forma sociale del periodo post-bellico », viene liquidato da questi « tentativi di restaurazione » semplicemente giudicandolo « come abuso partitico, corruzione, mancanza di responsabilità e *compromesso irrealistico* di partito »[304] al quale viene contrapposta la ' bella unità ' e l'ordine del periodo pre-bellico. Ma, conclude Kirchheimer,

un ordine sociale che non può costruire la legittimità traendola da se stesso, bensí deve sostenerla con lo splendore riflesso di un passato idealizzato, non è forse prima del suo compimento, già destinato a fallire?[305]

Quello che viene presentato come uno Stato ' post-democratico ' è in realtà pensato e strutturato su elementi pre-democratici: « la sua base è la totalità del diritto di veto contro ogni manifestazione democratica di massa della società politica »[306].

La riflessione e la polemica di Kirchheimer si caratterizza, con l'avvicinarsi del crollo della Repubblica, sempre piú in senso ' liberale ', rivalutando, esplicitamente contro il suo antico maestro, l'importanza decisiva della forme e scrollandosi definitivamente di dosso qualsiasi tentazione ' attivistico-rivoluzionaria ':

per quanti rimproveri possono essere mossi alla democrazia moderna, essa è comunque l'unica forma statale che rende costantemente possibile la collaborazione ovvero l'alternanza di differenti gruppi, in un'epoca di crescente eterogeneità sociale e talvolta nazionale. Essa sola, con il suffragio universale, uguale e segreto, cosí come con la garanzia di diritti politici di libertà, prende in considerazione il problema di una conformità politica a determinate trasformazioni strutturali del sociale.[307]

Dunque non solo la democrazia politica, che è per sua essenza *astratta*, non può essere contrapposta, come invece lo stesso Kirchheimer in alcuni scritti precedenti aveva ritenuto, alla trasformazione

[304] *Infra*, p. 133. « Nulla sarebbe piú errato che credere, assolutizzando un momentaneo riflusso della tensione di massa, che, parallelamente alla concentrazione del potere di borghesia, esercito e burocrazia nell'apparato statale tedesco, si sia avuta anche una diffusione dell'interesse politico delle masse. [...] Il fondamento predemocratico di questa teoria schmittiana urta con la sua intenzione di liquidare una democrazia sviluppata »; cfr. *infra*, p. 163.
[305] *Infra*, p. 133.
[306] *Infra*, p. 157.
[307] *Infra*, p. 163.

sociale ma addirittura essa è l'*unica forma statale* in cui la riforma sociale possa avvenire in una società a crescente differenziazione [308]:

ciò che ha fatto fallire Weimar, in prima approssimazione, sembra essere stata l'eterogeneità sociale non mitigata dalla naturalezza del procedimento democratico: eterogeneità che ha raggiunto un grado finora storicamente sconosciuto. [309]

Ma c'è di piú. Una struttura autoritaria, una Costituzione ' post-democratica ' non solo postula la rinuncia ai fondamentali diritti di libertà ma, paradossalmente, si rivela addirittura piú ineffettuale della ' forma democratica ': « sorgono difficoltà maggiori che finora nessuna delle moderne varianti della democrazia è stata in grado di risolvere ». E questo per almeno due motivi decisivi: perché in una società *razionalizzata* e quindi libera da ogni legame tradizionale, mancano tutte le condizioni per una istituzionalizzazione del carisma personale. E, in secondo luogo, perché dissoltasi definitivamente l'utopia di un *soggetto detentore assoluto della sovranità*, la forma di governo non può non funzionare che per compromessi. A tal fine, in fondo, risulta piú funzionale la forma democratica che lascia aperta la possibilità della riforma sociale. E se, dunque,

nella società corporativa cresce la forza destabilizzante dalle forze sociali che si contrappongono, escluse da ogni possibilità di riforma dello *status quo* della distribuzione sociale del potere ed esautorate dalla ricerca del proprio compromesso [310]

allora voler realmente dare soluzione al problema della *stabilità politica* significa saper tener insieme riforma sociale e princípi della legalità.

Quella sostenuta da Carl Schmitt si rivela, in tal modo, come una posizione, al tempo stesso, utopica e reazionaria: egli deve *pre-supporre* come data l'esistenza di un'autorità, di un magistrato che « voglia il Bene » la cui possibilità stessa di determinabilità « in una società di classe e antagonista è presupposta come non problematica ». Deve sognare l'unificazione delle volontà

[308] Cosí pure del ' politeismo dei valori '. « Una soppressione totale della diversità di opinioni è pensabile solo come utopia perché comporterebbe la soppressione della realtà individuale »; cfr. Kirchheimer-Leites, *Bemerkungen* cit., p. 117.

[309] *Infra*, p. 169.

[310] *Infra*, p. 170. Inoltre resta « insoluto il problema della dinamica giuridico-costituzionale, cioè il problema della normativa del cambio di potere »; cfr. *infra*, p. 163.

e far funzionare la burocrazia come *deus ex machina* per e in « un ordinamento statale in cui ogni dinamica viene soppressa a favore di una staticità illusoria » [311]. E d'altra parte cercare di rivolgere, di rovesciare la stessa dinamica storica del progresso, riproponendo un'immagine, ispirata da una antropologia pessimistica, di un popolo *unito*, perché totalmente spoliticizzato, e privo di diritti. Egli dimentica cosí che

la democrazia occidentale fu possibile solo perché la massa, in un lungo e doloroso processo che correva parallelo alla crescente industrializzazione, si è trasformata da veicolo puramente passivo dell'accadere storico in forme attive di organizzazione. [312]

Con questa polemica, Kirchheimer prese commiato da Weimar e da un capitolo rilevante della sua vicenda intellettuale. Come le successive analisi del fascismo e la stessa svolta in senso istituzionalista e anti-decisionista di Carl Schmitt confermeranno, molte delle sue previsioni si rivelarono esatte, anche se la legittimità dello Stato ' post-democratico ' ebbe ragione della legalità di Weimar. Ma l'utopia del Sovrano che decide in senso eminente ed assoluto si rivelò esser tale e irreversibilmente *passé*: *Behemoth* e non *Leviathan* è la metafora piú adeguata a descrivere la vera natura e le leggi di funzionamento dello Stato. Che, non a caso, come anche il suo acuto analista Otto Kirchheimer, cominciò a vivere *sous l'oeil des americaines* [313].

[311] *Infra*, p. 169.

[312] *Infra*, p. 162: « Cosí come lo Stato assistenziale non è criticato solo perché concedeva *troppo* alla classe lavoràtrice ma soprattutto perché concedeva un *diritto* su questo ' molto ', altrettanto la democrazia non viene criticata perché dava troppo al popolo, bensí perché gli dava diritti e perciò la possibilità di *esigere*, laddove ci sarebbero soltanto le qualità dell'*accettare* o del *rifiutare*. È in ciò questa teoria entra in contatto con la teoria di Schmitt dell'antropologia di massa »; *infra*, p. 167.

[313] « Noi viviamo, nell'Europa centrale, *sous l'oeil des Russes*. [...] I russi hanno appreso a memoria l'Ottocento europeo, ne hanno colto l'essenza e hanno tratto le conseguenze estreme dalle sue premesse culturali »: Schmitt, *Il concetto di ' politico '*, in *Le categorie del ' politico '* cit., pp. 167-8.

Nota biobibliografica

Otto Kirchheimer nacque a Heilbronn l'11 novembre 1905. Studiò giurisprudenza prima a Colonia e poi a Bonn e Berlino. Frequentò i seminari di Karl Vorländer, Max Scheler, Heinrich Triepel, Rudolf Smend e Carl Schmitt con il quale si laureò nel 1928 con la tesi intitolata *Zur Staatstheorie des Sozialismus und Bolschewismus*. Fino al 1932 lavorò come *Referendar* nell'amministrazione della giustizia prussiana. Superato l'esame di avvocato entrò nello studio berlinese di Neumann nel quale lavorava anche Fraenkel. Iscritto alla SPD si schierò su posizioni vicine a quelle dell'ala sinistra ma non si associò alla scissione che nel 1931 portò sotto la guida di Kurt Rosenfeld e di Max Seydewitz alla formazione della SAD (Sozialistische Arbeiterpartei Deutschlands).

Collaboratore abituale di numerose riviste socialiste come « Jungsozialistische Blätter », « Der Klassenkampf », « Die Gesellschaft », « Die Arbeit », « Die Justiz » e del famoso « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik ».

Emigrò a Parigi nell'estate del 1933 per sfuggire alla campagna antisemita del nazionalsocialismo e vi restò fino al 1937 allorché si trasferí negli USA ove continuò la collaborazione iniziata già nel 1934 con l'Institute of Social Research, diretto da Adorno e Horkheimer, che durò fino al 1942.

Dopo aver lavorato, come molti altri emigrati, per il Dipartimento di Stato, divenne nel 1955 professore alla New School for Social Research. Nel 1962 fu nominato professore per Public Law and Governement alla Columbia University. Morí improvvisamente nel novembre 1965 mentre stava per veder esaudito il suo desiderio di tornare ad insegnare in una università tedesca.

Sulla vita e sull'opera

Non esiste una monografia specifica dedicata a Kirchheimer. Solo due introduzioni ad antologie di suoi saggi oltreché, in contesti diversi, riferimenti alla sua opera o brevi cenni biografici.

Dello stesso Kirchheimer: *Ich lebe nicht in der Bundesrepublik*, nel volume collettaneo dallo stesso titolo a cura di H. Kesten, München 1964, pp. 85-91; e la *Vorbemerkung* all'antologia di suoi scritti *Politik und Verfassung*, Frankfurt a. M. 1964.
H. Ehmke, *Otto Kirchheimer. Ein Nachruf*, in « Archiv des öffentlichen Rechts », 1966, vol. 91.
E. Ridder, *Politische Justiz. Zur 'Erinnerung' an Otto Kirchheimer*, in « Neue politische Literatur », XIII, 1968.
J. H. Herz, E. Kula, *Otto Kirchheimer. An Introduction to his Life and Work*, in O. Kirchheimer, *Politics, Law and Social Change*, New York and London 1969, pp. IX-XXXVIII.
W. Luthardt, *Einleitung* a O. Kirchheimer, *Staatsgefüge und Recht des dritten Reiches*, in « Kritische Justiz », n. 1, 1976.
Id., *Bemerkungen zu Otto Kirchheimers Arbeiten bis 1933*, in O. Kirchheimer, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus. Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt a.M. 1976.
A. Söllner, *Geschichte und Herrschaft. Studien zur materialistischen Sozialwissenschaft (1929-42)*, Frankfurt a. M. 1979, pp. 86-162.

In italiano

D. Melossi, *Introduzione* a G. Rusche-O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, Bologna 1978.
M. Surdi, *Per una teoria politica della dittatura del proletariato. Gli scritti giovanili di Otto Kirchheimer*, in « Democrazia e diritto », n. 1, 1979.
M. Jay, *L'immaginazione dialettica. Storia della Scuola di Francoforte e dell'Istituto per le ricerche sociali (1923-50)*, Torino 1979, in particolare pp. 224-72.
R. Racinaro, *Introduzione* a H. Kelsen, *Socialismo e Stato*, Bari 1978, *passim*.
G. Marramao, *Introduzione* a A. R. L. Gurland, O. Kirchheimer, H. Marcuse, F. Pollock, *Tecnologia e potere nelle società postliberali*, Napoli 1981, in particolare pp. 33-48. L'antologia pone a disposizione del lettore italiano due importanti saggi del 1941 di Kirchheimer, e cioè *L'ordinamento giuridico del nazionalsocialismo* e il fondamentale *Mutamenti di struttura del compromesso politico*.

Scritti di Otto Kirchheimer

Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus, in « Zeitschrift des Sozialismus und Bolschewismus », vol. 17, 1928, pp. 593-611 (estratto dalla dissertazione di dottorato del 1928 dal titolo *Zur Staatstheorie des Sozialismus und Bolschewismus*).
Panzerkreuzer und Staatsrecht, in « Der Klassenkampf », Halbjahresband 1928, Heft 17/1, 1928.

Bedeutungswandel des Parlamentarismus, in « Jungsozialistische Blätter », Jg. VII, Heft 10, 1928.

Das Problem der Verfassung, in « Jungsozialistische Blätter », Jg. VIII, Heft 8, 1929.

Verfassungswirklichkeit und politische Zukunft der Arbeiterklasse. Zum Verfassungstag, in « Der Klassenkampf », Jg. III, II, Halbjahresband 1929, Heft 15/1.

Weimar — und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung, Berlin 1930.

Die Grenzen der Enteignung. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Enteignungsinstituts und zur Auslegung des Art. 153 der Weimarer Verfassung, Berlin 1930.

Eigentumsgarantie in Reichsverfassung und Rechtsprechung, in « Die Gesellschaft », Jg. VII, 1930.

Reichsgericht und Enteignung. Reichsverfassungswidrigkeit des Preussischen Fluchtliniengesetzes, in « Die Justiz », Bd. V, Heft 9, 1930.

Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems. Auch ein Beitrag zum Verfassungstag, in « Der Klassenkampf », Jg. IV, Heft 15, 1930.

Legalität und Legitimität, in « Die Gesellschaft », Jg. IX, 1932.

Die staatsrechtlichen Probleme der Reichstagsauflösung, in « Die Gesellschaft », Jg. IX, 1932.

Die Verfassungslehre des Preussen-Konflikts, in « Die Gesellschaft », Jg. IX, 1932.

Verfassungsreaktion 1932, in « Die Gesellschaft », Jg. IX, 1932.

Die Verfassungsreform, in « Die Arbeit. Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde », Jg. IX, Heft 12, 1932.

Nazi, Auslandsdeutsche und Proleten, in « Das Freie Wort », Jg 4, Heft 21, 1932.

Bemerkungen zu Carl Schmitts Legalität und Legitimität, in collaborazione con N. Leites, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpoli tik », Bd. 68, 1933.

Verfassungsreform und Sozialdemokratie, in « Die Gesellschaft », Jg. X, 1933.

Marxismus, Diktatur und Organisationsform des Proletariats, in « Die Gesellschaft », Jg. X, 1933.

The Growth and the Decay of the Weimar Constitution, in « The Contemporary Review », vol. 144, vol. II/1933.

Zur Geschichte des obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten von Amerika, in « Zeitschrift für öffentliches Recht », Jg. XIV, 1934.

Remarques sur la théorie de la Souverainité nationale en Allemagne et en France, in « Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique », vol. IV, 1934.

La souverainité national, in « Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique », IV, 1934.

Staatsgefüge und Recht des Dritten Reiches, Paris 1935 (sotto lo pseudonimo di Hermann Seitz, Hamburg 1935).

Remarques sur la statistique criminelle de la France d'après-guerre, in « Revue de Science Criminelle et le Droit pénal comparé », vol. I, 1936.

Recent Trends in German Treatment of Juvenile Delinquency, in « Journal of Criminal Law and Criminology », vol. XXIX, 1938.
The Policy of the Catholic Church toward the Jews, inedito scritto nella seconda metà degli anni Trenta.
Punishment and Social Structure (insieme a George Rusche), New York 1939 [trad. it., Bologna 1978].
Decree Powers and Constitutional Law in France under the Third Republic, in « American Political Science Review », vol. XXXIV, 1940.
Criminal Law in National Socialist Germany, in « Studies in Philosophy and Social Science », Jg. VIII, 1939-40.
The Historical and Comparative Background of the Hatch Act, in « Public Policy », Jg. II, 1941.
Changes in the Structure of Political Compromise, in « Studies in Philosophy and Social Science », Jg. IX, 1941 [trad. it., Napoli 1981].
The Legal Order of National Socialism, in « Studies in Philosophy and Social Science », Jg. IX, 1941 [trad. it., Napoli 1981].
Criminal Omissions, in « Harvard Law Review », vol. LIV, 1942.
The Fate of Small Business in Nazi Germany (in collaborazione con A. R. L. Gurland e F. Neumann), Us Senate Special Committee on Small Business, Washington Dc 1943.
In Quest of Sovereignty, in « Journal of Politics », vol. VI, 1944.
A Constitution for the Fourth Republic, Washington Dc 1947.
The Act, the Offense and Double Jeopardy, in « Yale Law Journal », vol. LVIII, 1949.
Analysis and Effects of the Elections in Western Germany (in collaborazione con Arnold Price), in « Department of State Bulletin », vol. XXI, 1949.
The Compositions of the German Bundestag 1950, in « Western Political Quarterly », vol. III, 1950.
The Government of Eastern Germany, in H. J. Morgenthau (a cura di), *Germany and the Future of Europe*, Chicago 1951.
The Decline of Intra-State Federalism in Western Europe, in « World Politics », vol. III, 1951.
Notes on the Political Scene in Western Germany, in « World Politics », vol. VI, 1954.
Parteienstruktur und Massendemokratie in Europa, in « Archiv des öffentlichen Rechts », vol. LXXIX, 1954 [trad. it., Milano 1975].
Political Justice, in *Festschrift Sociologica*, Max Horkheimer zum 60. Geburtstag, Frankfurt 1955.
Politics and Justice, in « Social Research », vol. XXII, 1955.
The Political Scene in West Germany, in « World Politics », vol. IX, 1957.
West German Trade Unions: Their Domestic and Foreign Policies, in Hans Speier, W. P. Davison (a cura di), *West German Leadership and Foreign Policy*, Eveston (Ill.) 1957.
The Waning of Opposition in Parliamentary Regimes, in « Social Research », vol. XXIV, 1957.
Franz Neumann. An Appreciation, in « Dissent », vol. IV, 1958.
The Party in Mass Society, in « World Politics », vol. X, 1958.

France from the Fourth to the Fifth Republic, in « Social Research », vol. XXV, 1958.
Majorities and Minorities in Western European Governments, in « Western Political Quarterly», vol. XII, 1959.
The Administration of Justice and the Concept of Legality in East Germany, in « Yale Law Journal », vol. LXVIII, 1959.
Asylum, in « American Political Science Review », vol. LIII, 1959.
Die Rechtspflege und Begriff der Gesetzlichkeit in der DDR, in « Archiv des öffentlichen Rechts », Bd. 85, 1960.
The Quality of Mercy: On the Role of Clemency in the Apparatus of Justice, in « Social Research », vol. XXVIII, 1961.
Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends, Princeton 1961.
German Democracy in the 1950's, in « World Politics », vol. XIII, 1961.
Sachverstand und Politik im Bereich der Verwaltung, in « Gewerkschaftliche Monatshefte », vol. XI, 1962.
Prinzipien der Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten, in « Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart », vol. XI, 1962.
A Free Press in a Democratic State?: The Spiegel Case, in collaborazione con C. Menges, in *Politics in Europe* (a cura di G. M. Carte, A. F. Westin), New York 1965.
The Problem of the East German Republic, in « Samalgundi », n. 1, 1965.
Confining Conditions and Revolutionary Breakthroughs, in « American Political Science Review », vol. LIX, 1965.
Germany: The Vanishing Opposition, in *Political Opposition in Western Democracies* (a cura di R. Dahl), New Haven 1966.
The Transformation of the Western European Party System, in *Political Parties and Political Development* (a cura di J. La-Palombara, M. Weiner), Princeton 1966 [trad. it., Bologna 1971].
Private Man and Society, in « Political Science Quarterly », vol. LXXXI, 1966.
The Rechtsstaat as Magic Wall, in *The Critical Spirit. Essays in Honor of Herbert Marcuse* (a cura di B. Moore Jr.), Boston 1967.
Political Justice, in « International Encyclopedia of the Social Science », vol. XII, 1968.
Einführung a H. Sinzheimer, E. Fraenkel, *Die Justiz in der Weimarer Republik* (a cura di T. Ramm e note di R. Wahsner), Neuwied/Berlin 1968.

Recensioni di Otto Kirchheimer

Recensione pubblicata in « Juristische Rundschau », Jg. 7, 1931 a F. Stier-Somlo, *Grenzen der Enteignung*.
Recensione pubblicata in « Die Gesellschaft », Jg. VIII, 1931, a C. Malaparte, *Technik des Staatsstreichs*.

Recensione pubblicata in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », vol. 69, 1933, a G. Schwarzenberger, *Die Verfassung der spanischen Republik.*

Recensione pubblicata in « Die Gesellschaft », Jg. 10, 1933, a A. Grabowsky, *Politik.*

Recensioni pubblicate in « Zeitschrift für Sozialforschung », dal 1936 al 1941:

Vol. VI

p. 425 G. Mosca, *Histoire des doctrines politiques depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Paris 1936.

p. 459 Recensione collettiva a *Encyclopédie française*, tome X, *L'Etat*, Paris 1936; B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionel*, Paris 1936; J. Bardoux, *La France de demain - son gouvernement, ses assemblés, sa justice*, Paris 1936; A. Tardieu, *La révolution à refaire*, Paris 1936; E. Melot, *L'évolution du régime parlementaire*, Paris 1936; Plan du 9 juillet, *Réforme de la France*, Paris 1934; Comité du Plan, *Une nouvelle France, ses principes et ses institutions*, Paris 1936; G. Mer, *La Réforme de l'Etat en action*, Paris 1936; L. Blum, *La réforme gouvernementale*, Paris 1936.

Vol. VII

p. 257 E. Schmidt, *Staat und Recht in Theorie und Praxis Friedrichs des Grossen*, Leipzig 1936.

p. 271 L. Jouhaux, M. Harmel, J. Duret, *La C.G.T., ce qu'elle est, ce qu'elle veut*, Paris 1937.

p. 283 R. Bonnard, *Le Droit et l'Etat dans la doctrine National-Socialiste*, Paris 1937.

p. 284 E. R. Huber, *Verfassung*, Hamburg 1937.

p. 466 Recensione collettiva a Th. Sellin, *Research Memorandum on Crime in the Depression*, New York 1937; Th. Sellin, *Culture, Conflict and Crime*, New York 1938; F. Tannenbaum, *Crime and the Community*, Boston 1938.

Vol. VIII

p. 254 C. Brinton, *The Anatomy of Revolution*, New York 1938.

p. 258 I. W. Jennings, *Cabinet Government*, London 1937.

p. 266 « International Review of Social History », Jg. 3, Leiden 1938.

p. 282 *The Constitution Reconsidered* (a cura di), Conyers Read, New York 1938.

p. 283 H. R. G. Greaves, *The British Constitution*, London 1938.

Vol. IX

p. 179 Ch. W. Cole, *Colbert and a Century of French Mercantilism*, New York 1939.

p. 180 D. W. Brogan, *The Development of Modern France 1870-1933*, New York 1939.

p. 361 Recensione collettiva a W. F. Bruck, *Social and Economic History of Germany from William II to Hitler, 1888-1938*, London and New York 1938; G. Stolper, *German Economy, 1870-1940*, New York 1940; G. Reimann, *The Vampire Economy. Doing Business under Fascism*, New York 1939; C. Lewis, *Nazi Europe and World Trade*, Washington 1941.

p. 513 J. H. Dlapham and E. Power (a cura di), *The Cambridge Economic History of Europa. I. The Agrarian Life of the Middle Ages*, New York 1941.

p. 529 F. A. Hermens, *Democracy or Anarchy? A Study of Proportional Representation*, Indiana 1941.

COSTITUZIONE
SENZA SOVRANO

Sulla dottrina dello Stato del socialismo e del bolscevismo (1928)

Il liberalismo intendeva gli ambiti culturali come esterni allo Stato, ma — prescindendo da ciò — si accontentò, anziché abbatterlo, di conquistarsi in esso una condizione di potere equivalente alla sua posizione economica. In questa lotta, che rimase sempre rispettosa e piena di segreta ammirazione per le forze che rappresentavano questo Stato, la sua arma fu la Costituzione. Lo scarso contenuto politico originale del liberalismo lo fece soccombere in Francia per due volte alla volontà di potere di un Napoleone, mentre in Germania nell'epoca prebismarckiana e bismarckiana esso rinunciò costantemente alla propria autonomia di fronte al potere dello Stato. La Costituzione e in particolar modo l'idea dello Stato di diritto, nelle quali il liberalismo riponeva una fiducia che andava ben al di là del loro reale valore, dovevano permettergli di vincolare i ceti nobiliari dominanti ad una sfera d'azione precisamente regolata. E visto che come arma altro non avevano ancora che la loro posizione economica, questo processo durò abbastanza a lungo. Tale ritardo comportò che l'ultima parte della lotta fosse condotta già sotto l'incalzare della classe operaia, divenuta nel frattempo fattore politico [1]. Cosí, la classe operaia entrò in stretto rapporto con il liberalismo, facendo fronte comune contro il semi-assolutismo feudale. All'orlo dell'abisso in cui tale relazione doveva necessariamente spingere i loro opposti interessi economici, la lotta per la libertà politica e ideologica, che il liberalismo portò avanti come lascito tradizionale anche laddove, come in Germania, esso aveva per il resto rinunciato quasi completamente alla propria libertà

[1] Questo processo viene precisamente descritto da F. Engels nella *Introduzione* allo scritto di K. Marx, *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850*, Roma 1962; anche l'avversario, però, giudica allo stesso modo: L. von Stein, *Des Sozialismus und Kommunismus im heutigen Frankreich*, Leipzig 1842, p. 145.

d'azione, fu un opportuno mezzo di coesione che fino ad oggi ha continuato ad agire efficacemente nella socialdemocrazia dell'Occidente europeo. La lotta per la libertà politica, che i partiti governativi liberali condussero per la realizzazione della loro aspirazione al dominio sulla sfera politica, fu relativamente innocua fintantoché il tener fermo ad una base nazionale comune garantí l'unità politica dello Stato. Quando, però, l'energico incalzare della classe operaia, con il conseguimento della cosiddetta democrazia, cioè della piena eguaglianza di diritti politici svincolata da qualsivoglia limitazione, ebbe condotto questa battaglia (andata ben oltre gli scopi politici del liberalismo) ad una provvisoria conclusione, questa base comune non esisteva piú. Con ciò era sparito anche il presupposto di valore ben piú essenziale per una democrazia — per quanto questa possa servire come forma a una qualsivoglia idea [2]. Infatti nel momento in cui una gran parte del popolo, non esclusa dalla parità dei diritti politici, non riconosce piú come proprio il valore comune e viene con questo in collisione, la democrazia ha perduto il suo significato originario che consiste nella partecipazione dei singoli raggruppati in un popolo dal riconoscimento di un valore comune.

La storia del XIX secolo, teatro della lotta e della definitiva vittoria della democrazia, ha però dimenticato — sotto l'impressione di quella lotta accanita — di chiedere quale sia il contenuto possibile e continuamente mutevole del nuovo dominio popolare [3]: una dimenticanza che appare sufficientemente comprensibile, per l'assoluta uguaglianza che si è di lí a poco stabilita tra popolo e democrazia da una parte, liberalismo e borghesia dall'altra. Infatti, con ciò l'opposizione fu trasferita dal puro Politico nel Sociale, e d'ora in poi sotto il termine ' democrazia ' si celano determinate idee di omogeneità sociale. In questo senso, la democrazia è riconosciuta anche da scrittori socialisti: un riconoscimento che certo è indebolito dalle generalità del valore, nel nome del quale il socialismo vuole essere democratico; infatti, mediante la richiesta di eguaglianza sociale che il socialismo pone alla democrazia, questa viene intesa già come una transizione alla condizione del Non-esserci-piú-Stato, della società senza classi. E invece, alle peculiarità costitutive della democrazia fondata nel valore (*Wertdemokratie*) non si addice una unità di valore determinata a priori, bensí semplicemente una che miri oltre la mera parificazione di diritti politici. Perciò, la ' demo-

[2] Sulle questioni strutturali della democrazia, cfr. W. Becker, in « Schildgenossen », settembre 1925.

[3] Sull'instabilità delle idee dominanti nell'ambito della democrazia si lamenta in modo molto vivace già J. Proudhon in *De la Justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, vol. I, p. 10.

crazia ' — che in Germania fu conseguita dopo la conclusione della guerra, in altri paesi in parte anche prima — perviene ad un'aspra contraddizione [4]. A prescindere da ogni presupposizione di valore, essa connota soltanto una situazione di generale uguaglianza di diritti politici. La caratteristica di quella democrazia formale [5] è il non possesso di valori contro i quali possano essere posti controvalori determinati, tranne vedere in questa stessa libertà dai valori un valore [6]. Questa è la forma in cui le classi e i loro valori si incrociano e si incontrano; piú precisamente: è la forma in cui, in un determinato momento della lotta di classe, le forze opposte si raggruppano. La questione, ora, suona: come è possibile governo in queste circostanze, e chi decide in quali mani esso dev'essere posto? In una democrazia qualificata attraverso una comune idea di valore, maggioranza di voti significa la decisione sul modo migliore della realizzazione delle comuni idee di valore [7]. Se non c'è alcun valore comune, allora non è affatto evidente perché sia la maggioranza a dover decidere, visto che questa decisione maggioritaria equivarrebbe alla sottomissione passiva della minoranza all'avversario politico. Ciò è pienamente desumibile dal fatto che questa condizione di una sottomissione passiva e ritenuta di lungo periodo, in certa letteratura socialista viene connotata come dittatura, pensando con ciò non tanto al significato di questo concetto che denota uno stato di eccezione [8], quanto alla non evidenza di un tale atto di sottomissione. I presupposti di esistenza della democrazia formale sono ora i seguenti: un approssimativo equilibrio delle classi in

[4] Questo contrasto tra 'democrazia formale' e 'democrazia fondata nel valore' permea anche tutto il libro di M. Adler, *Politische oder soziale Demokratie*, Berlino 1926 [trad. it. *Democrazia politica e democrazia sociale*, Roma 1945]; la definizione di democrazia politica e sociale è il restringimento del contrasto tra democrazia formale e democrazia fondata sul valore; solo che il termine di democrazia politica è infelice, poiché ogni democrazia è politica in quanto fenomeno della vita statale. Qui si manifesta il necessario dualismo di forme concettuali puramente socialiste, il quale, se vuole pensare con categorie apolitiche, non può tuttavia evitare le categorie politiche stesse.

[5] Karl Renner, nelle sue considerazioni nel fascicolo del dicembre 1926 di « Die Gesellschaft », mira solo alla democrazia formale.

[6] Cosí H. Kelsen, *Sozialismus und Staat*, Leipzig 1923² [trad. it. *Socialismo e Stato*, Bari 1978].

[7] Cfr. il classico passo nel *Contrat social di Rousseau*, IV libro, cap. 2, *Des Suffrages*: « Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose, sinon que je m'étois trompé et que j'estimois être la volonté générale, ne l'étoit pas ». Del tutto concorde è anche M. Adler, *Politische oder Soziale Demokratie*, cit., p. 85.

[8] C. Schmitt, *Die Diktatur*, München 1921 [trad. it. *La dittatura*, Bari 1975] e *Politische Theologie*, München 1922 [trad. it. in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna 1972].

lotta e il tacito accordo che ne risulta, finché duri una situazione di equilibrio tale per cui si lascia decidere alle elezioni e al loro casuale esito maggioritario chi debba assumere il governo [9]. Il governo sorto in tal modo non è libero nelle sue decisioni, poiché colui che è di volta in volta sconfitto in questo procedere per addizioni, ha sviluppato fin nei minimi particolari il sistema delle garanzie costituzionali (*konstitutionelle Sicherungen*) ereditato dal liberalismo. A tal riguardo, gioca naturalmente un certo ruolo quale classe o gruppo ideologico è riuscito ad inscrivere parti del suo programma nella legge procedurale di questo sistema costituzionale di garanzie, la Costituzione, e cosí, mediante il requisito della maggioranza dei due terzi, a sottrarle alle corrispondenti oscillazioni della condizione di equilibrio e ad ogni attacco, per tutta la durata del sistema. Una considerazione della Costituzione di Weimar sotto questo punto di vista offrirebbe esempi istruttivi. Cosí, l'idea dello Stato di diritto, uscendo dall'orizzonte ideale e dalle mani dei partiti costituzionali nell'ampio campo di battaglia tra popolo e classi possidenti, ha compiuto a poco a poco un profondo mutamento di funzioni. Originariamente incerto strumento di lotta dei ceti di ' possesso e cultura ', ai quali stava particolarmente a cuore di consolidare l'esclusività del proprio dominio finanziario [10] e di non esporre la sicurezza delle loro azioni private ai pericoli di una giurisdizione inaffidabile, tale idea è diventata linea di frontiera dei due gruppi in lotta, i quali sono entrambi ben lontani dal sentire in essa la legge definitiva della divisione del potere interno. Questo tacito accordo, fondamento d'esistenza della democrazia formale, era sopportabile per i gruppi in lotta solo qualora i limiti del potere governativo fossero stati definiti il piú strettamente possibile, e al governo fosse affidato il meno possibile di potere decisionale, ma in compenso una gran quantità di funzioni definite per legge amministrative: funzioni amministrative che in

[9] Il problema della condizione di equilibrio all'epoca della monarchia è sorto come problema di sbilanciamento. È interessante la constatazione di Aluard (*Politische Geschichte der französischen Revolution*, II, p. 44), che la borghesia attraverso la persona del re mirava ad un relativo bilanciamento tra popolo e borghesia, senza tuttavia voler rinunciare al suo effettivo potere. Il popolo, però, non comprese la sua posizione favorevole e aiutò la borghesia contro il re (p. 46). Il significato di principio di quell'avvenimento, quale antefatto della storia politica del secolo seguente, lo ha ben capito il liberale K. Rotteck, rimproverando aspramente alla corona nella rivoluzione francese di aver costretto i borghesi ad appellarsi al popolo (*Geschichte vom Anfang der historischen Kenntnis bis auf unsere Zeit*, vol. IX, p. 83).

[10] Nello Stato democratico-formale, il diritto di approvazione del bilancio ha completamente perso il suo significato di un tempo, poiché con la possibilità di vari governi il controllo permanente ha assunto un carattere assolutamente sussidiario.

gran numero furono istituite *ex novo* dopo che il tentativo del liberalismo di sottrarre completamente allo Stato la regolamentazione dei rapporti economici aveva dimostrato di non potersi imporre e di non essere nemmeno auspicabile [11]. Però, sopra ogni funzione amministrativa si innalzavano le istanze che dovevano sottrarre la decisione alla distribuzione esistente delle forze sociali e spingerla nella sfera del diritto. In ogni ambito si passò alla giuridicizzazione: si tenta di evitare ogni decisione reale, ogni decisione-potere, sia che si tratti del potere dittatoriale del presidente del Reich o della composizione di conflitti di lavoro; tutto viene neutralizzato mediante formalizzazione giuridica. Soltanto ora inizia la vera epoca dello Stato di diritto, infatti questo Stato poggia solo sul suo diritto. Per il fatto che la decisione che viene presa, opera nel modo piú incolore e meno determinante, che per suo tramite si evoca la credenza che a prenderla siano giudici indipendenti e che decidono secondo libero convincimento [12]: solo perciò essa diventa sopportabile. Il paradosso è diventato realtà; il valore della decisione consiste nell'essere questa una decisione giuridica, ed espressa da una autorità generalmente riconosciuta, ma che nonostante tutto essa contiene il meno possibile di decisione reale. Lo Stato vive del diritto, però non v'è piú alcun diritto, bensí solo un meccanismo giuridico, e chiunque crede di ottenere la direzione degli affari di Stato si ritrova in mano, invece, un meccanismo giuridico che si serve di lui come il macchinista è usato dalle sue sei leve che egli deve servire [13]. L'elemento proprio dello Stato di diritto, nella sua figura ormai manifesta dopo il superamento del puro liberalismo — la specifica trasposizione degli oggetti dal campo del fattuale a quello del meccanismo giuridico —, è la caratteristica essenziale dello Stato nell'epoca dell'equilibrio delle forze di classe. Se prudentemente si escludono quelle cose che, a causa della loro

[11] L'idea dello Stato amministrativo trova la sua piú rilevante rappresentazione in H. Cunow, *Die Marxsche Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie*, Berlin 1920, e anche nel libro di guerra di K. Renner, *Marxismus, Krieg und Internationale*, Stuttgart 1917.

[12] Riguardo a ciò cfr. le osservazioni di E. Rosenstock, *Vom Industrierecht, Rechtssystematische Fragen*, Berlin 1926, p. 167.

[13] A fianco dello Stato amministrativo di Cunow e Renner, nel pensiero giuridico-statale francese e anglo-americano subentra il concetto di '*service*'. In L. Duguit (*Traîté de droit constitutionelle*, vol. 2, pp. 52 ss.) questo si manifesta nella tendenza a considerare tutto il diritto pubblico sotto il punto di vista di una prestazione di sostegno del processo sociale. Il pensiero giuridico americano è perfettamente in grado d'astrarre dai concetti di raggruppamento politico, per cui il concetto '*service*' diviene un concetto di coordinamento di stretta osservanza liberale, di « servizio pubblico per sua maestà il cliente », come lo chiama J. Hirsch (*Amerikanisches Wirtschaftswunder*, Berlin 1926, p. 277).

incondizionatezza, non sopportano alcuna giuridicizzazione, come ad esempio religione e servizio militare, ciò che rimane è un mero meccanismo giuridico.

La questione relativa alla rivoluzione russa e allo Stato sovietico, è se lí si sia trattato della distruzione di una tale macchina giuridica, se lo Stato russo che è stato distrutto sia stato altresí solo una forma verso la conclusione dei conflitti di classe. Ciò va assolutamente negato. Lo Stato ufficiale russo era in stretta relazione con la chiesa ortodossa russa; il capo di essa, lo zar, era contemporaneamente il suo capo: una ragione in piú per cui gli intellettuali rivolti a Occidente, la borghesia liberale, non poterono guadagnarsi alcuna influenza; per cui il loro significato storico, pari a quello che i corrispondenti ceti dell'Europa occidentale ancor oggi non hanno perduto, si manifesta nel generale movimento rivoluzionario e nel breve interludio tra impero zarista e repubblica consiliare.

La pregnante formulazione di ciò che lo Stato russo prerivoluzionario rappresentava, la diede Danilevskij nel 1867 nella sua opera *Russia ed Europa*, la bibbia del panslavismo *. Qui la missione divina della Russia viene contrapposta a quella politico-culturale dell'Europa e, di conseguenza, ogni rivoluzione è mostrata come incompatibile con il carattere del popolo russo. Lo Stato russo è un non-Stato, non è che la forma terrena di espressione di una missione voluta da Dio, un regno di massimi valori, e quanto piú ci avviciniamo alla periferia del XX secolo, tanto piú inconciliabile diviene l'opposizione tra la missione vera della Russia e coloro che la negano, finché essa in Berdyaev [14], un moderno pensatore russo controrivoluzionario, assurge alla grandiosa concezione del regno di Dio come il vero, santo impero russo, e del regno dell'anti-Dio, del diavolo ateo e bolscevico. Ciò che interessa particolarmente in Berdyaev non è soltanto questa divaricazione dell'opposizione tra bene e male, questa valutazione totalmente morale che egli dà di tutti gli avvenimenti statali dell'impero russo, quanto piuttosto l'emergere del riconoscimento che il bolscevismo ora ha rotto del tutto con ogni mediocrità e neutralità, con il regno umanistico del centro, e che adesso vale il momento dell'effettiva,

* Nikolaj Jakovlevič Danilevskij tipico rappresentante del pensiero slavofilo, attribuiva alla Russia un'affinità spirituale con l'Oriente e la missione di trasmettere ad esso ciò che era accettabile nella cultura occidentale. La penetrazione economica della Russia in Oriente con risorse materiali derivate dall'Occidente era la base pratica di queste concezioni romantiche. Cfr. E. H. Carr, *La rivoluzione bolscevica*, Torino 1964, vol. I, p. 1014.

[14] N. Berdjajeff, *Das neue Mittelalter: Betrachtungen über das Schicksal Russlands und Europas*, Darmstadt 1927.

ultima decisione. Cosí, il segno caratteristico dell'impero russo fu la pregnante struttura conflittuale di esso con i suoi concetti moral-teologici di bene e di male, i quali dominavano l'intero suo mondo politico-ideale. Il piú scottante problema dal punto di vista economico fu, come è noto, la divisione della terra.

Questa struttura dei rapporti russi organizzata in maniera del tutto diversa, ha indotto già Marx a dire, in una lettera a Vera Zasulič [15], che la necessità del processo capitalistico di sviluppo si limita all'Europa, e nell'introduzione all'edizione russa del suo *Manifesto comunista* egli osservò che l'abbattimento dell'assolutismo russo può diventare il segnale di una rivoluzione europea globale. La socialdemocrazia russa, sotto la guida di Plechanov, fino alla scissione avvenuta al Congresso di Londra del 1903, percorse indubbiamente le stesse vie dei partiti operai dell'Occidente europeo. Anch'essa intraprese una progressiva transizione, uno sviluppo ' organico ' dall'assolutismo attraverso la democrazia parlamentare fino al punto in cui, un giorno, il partito operaio avrebbe avuto la maggioranza parlamentare nello Stato democratico. Questa linea di condotta porta necessariamente a vedere nel processo dall'assolutismo alla democrazia compiuta, quella socialista, un progresso continuo e a considerare i necessari elementi accidentali in una democrazia formale a struttura equilibrata, la libertà di stampa e di associazione e analoghe istituzioni, come una conquista definitiva, alla quale — per dirla con Marx — è stato attribuito un carattere feticistico. Presso gli epigoni di Marx, i quali dopo di lui ebbero influenza determinante sul comportamento dei partiti operai, si è formata una teoria del doppio progresso [16]. Al progresso dello sviluppo economico capitalistico corrisponde il progresso nello sviluppo del genere umano, lo sviluppo nella sua educazione alla umanità che si dà espressione nei suoi, di volta in volta diversi, metodi di lotta. La pace, per cui nel 1914 Jean Jaurès cadde *, det-

[15] Questo epistolario è stato pubblicato per la prima volta dall'istituto Marx-Engels di Mosca (vol. I, terza parte, pp. 263-86). Questa e molte altre indicazioni le devo all'eccellente scritto di Stählin, *Russland und Europa*, Berlin 1926.

[16] La stessa connessione la osserva C. Schmitt quando parla dell'identità di idea democratico-progressista e organizzazione socialdemocratica. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München und Leipzig 1926 [2], p. 32. Tra i molti esempi possibili: Renner nel saggio citato; K. Kautsky, *Terrorismus und Kommunismus. Ein Beitrag zur Naturgeschichte der Revolution*, Berlin 1919 [trad. it., Milano 1946] e, altamente istruttivo, K. Kautsky, *Georgien, eine sozialdemokratische Räterrepublick. Eindrücke und Beobachtungen*, Wien 1921.

* Jean Jaurès venne assassinato nel 1914. Fu la figura piú eminente del socialismo francese a partire dalla sua riunificazione avvenuta nel 1905. Ebbe

ta comunemente pace della Seconda Internazionale, appartiene a questa serie altrettanto quanto la fede in una maggioranza pacifica all'interno della democrazia formale, di quella democrazia che rappresenta — secondo Kautsky — la lotta di masse organizzate e illuminate, piene di costanza e di avvedutezza. Questa teoria del doppio progresso discende dagli epigoni di Marx, non da lui. Per Marx il mondo politico fu sempre nient'altro che un riflesso dello sviluppo economico. Non è il proletariato quello la cui maturità conduce al giorno della rivoluzione sociale, bensí è attraverso il processo di sviluppo del capitalismo che il proletariato può essere organizzato e disciplinato. L'idea di una *continuité technologique* domina, secondo Georges Sorel [17], il pensiero di Marx.

Lenin, teorico riconosciuto del partito bolscevico, è rimasto per tutta la vita estraneo alla teoria del doppio progresso; ma le particolari condizioni della Russia gli fecero presto comprendere che l'incondizionata dipendenza dallo sviluppo capitalistico dell'economia in cui Marx portava il processo di maturazione politica del proletariato, non era appropriato per condurre la sua causa alla vittoria. Certo, egli perseverò nell'idea dell'immutabile necessità dello sviluppo economico capitalistico cosí come in quella del progresso dell'umanità da realizzarsi dopo la vittoria del socialismo, cercando di realizzarlo dopo la conquista del potere in un senso del tutto razionalistico e materialistico rivolto al XX secolo; tuttavia, il contenuto specifico della sua azione e dottrina appartiene ad un altro ambito. Lenin, per realizzare il dominio del proletariato, ha sostituito la dottrina del doppio progresso e quella dell'umanizzazione crescente dei metodi di lotta politica, con una dottrina della lotta aperta e totale; ha introdotto in questa lotta la morale stessa al posto della umanità del progresso che abbraccia tutte le classi, e l'ha assoggettata alla sua causa, anziché diventare suo servitore. Questa lotta è quella che per lui produce l'effettivo raggruppamento del genere umano.

Secondo la nostra opinione — dice — l'etico è completamente subordinato alla questione della lotta di classe; etico è ciò che è utile all'annientamento della vecchia società dello sfruttamento e alla presa del potere del proletariato. La nostra moralità allora consiste solo nella disciplina compatta e nella lotta cosciente contro la classe sfruttatrice. Noi

un ruolo influente anche a livello della Seconda Internazionale per le sue eccellenti qualità di mediatore. Decisamente favorevole alla introduzione di riforme tuttavia non fu mai propugnatore della *totale* integrazione del movimento operaio. Sulla sua figura cfr. G. D. H. Cole, *Storia del pensiero socialista. La Seconda Internazionale 1889-1914*, parte prima, Bari 1968, pp. 441-8.

[17] G. Sorel, *Réflexions sur la violence*, Paris 1921 [6] [trad. it. in G. Sorel, *Scritti politici*, Torino 1963], p. 199.

non crediamo agli eterni princípi della morale, smaschereremo quest'imbroglio; la morale comunista è sinonimo della lotta per il consolidamento della dittatura proletaria.

Questi princípi, nella loro esasperazione, sono il *pendant* della tesi di Berdyaev di Cristo e Anticristo; certo, ora ogni rappresentazione religiosa è trasposta in ambito politico: al posto dell'ateo, dell'Anticristo, è subentrato il nemico politico. Per il loro contenuto appartengono all'orizzonte ideale di Sorel [18], con il quale Lenin condivide piú che solo l'odio comune contro la superstizione progressista dei socialisti-del-parlamento. Entrambi riconoscono una idea utopica nella fede in una pacifica conquista della maggioranza nella democrazia parlamentare. Le utopie, però, sono proiezioni razionali del pensiero umano, mai del tutto risolte nella realtà, e tese al futuro. Già Pareto ha distinto tra utopie effettuali e ineffettuali, quando definí il liberalismo una utopia ineffettuale e il socialismo una utopia effettuale [19]. Ciò riproduce il vero contenuto sotto falsa designazione. Il liberalismo politico ed economico-politico, la dottrina della libera concorrenza e i dirtiti dell'uomo, l'*homo oeconomicus* e l'astratto cittadino borghese, sono infatti una serie omogenea di rappresentazioni utopiche. Esse sono dunque forme razionali di pensiero, che mescolano il temporalmente condizionato con il desiderato, e proiettano immagini del futuro; ciò che loro manca è l'immediato effetto sul presente. Questo, però, è il vero discrimine tra utopia e mito; mentre l'utopia, che prospetta il futuro lontano, resta — nella sua totalità — impotente di fronte al presente, il mito incide su di esso e lo plasma automaticamente a sua immagine [20]. Il mito vive nel passato e nel presente, il futuro gli è accessibile solo nella misura in cui s'incorpora — secondo esperienza — in un pezzo di presente e di passato.

Il mito del presente, il mito del proletariato, si incarna per Sorel nello sciopero generale. Karl Marx, secondo Sorel, ha trascurato — nell'analisi dello sviluppo del capitalismo — l'organizzazione del proletariato in lotta, ed è perciò rimasto entro uno schema razionalistico, che lo ha condotto abbastanza vicino all'utopia. Il sindacalismo, però, dovrebbe comprendere e realizzare il vero e

[18] In particolare si veda ivi, cap. 4.

[19] V. Pareto, *I sistemi socialisti,* Torino 1974, p. 65.

[20] L'idea di un effetto immediato sull'uomo è tipica del mito. Cosí in Sorel è detto: « Il faut juger des mythes comme des moyens d'agir sur le présent » (*op. cit.*, p. 180). Senza dubbio l'idea dell'« agir sur le présent », nella sua purezza, si trova formata soltanto nei popoli primitivi, essa rappresenta una forma di coscienza consapevolmente prelogica. Si veda Lévy-Bruhl, *Mentalité primitive,* in particolare p. 94, riguardo al carattere emozionale del mondo della rappresentazione primitiva.

proprio nocciolo della dottrina marxiana: la dottrina della lotta di classe. Con ciò è messo in dubbio proprio l'elemento tipicamente marxiano: la dipendenza funzionale del movimento proletario dal processo di sviluppo capitalistico; e in tal modo Sorel ha reso indipendente la dottrina della lotta di classe, le ha dato fondamento e significato autonomi, poiché ciò che Sorel denota con *la force*, si adatta in fondo esattamente a ciò che Marx intende per processo di sviluppo capitalistico: rapporti di forza razionalmente calcolabili. A questi oggetti razionali, che presuppongono solo pazienza, saggezza e conoscenza, Sorel contrappone un concetto di associazione politica di tipo sostanzialmente diverso. *La violence*, significa l'impeto — Lenin ha usato per questo l'espressione « élan russo » — con cui un gruppo deciso si avvia alla sua vittoria. È l'ultimo combattimento, la *battaille napoléonienne*, un contenuto essenziale del mito, che ritorna anche qui. In tal modo, però, l'idea di una lotta per il potere, alla quale avevano spinto l'irrealtà di una lotta e di una coscienza di classe derivanti da necessità di conoscenza, come pure il rimorso a quelle correlato derivante da un'etica e da un'utopia individualistiche, è superata e sostituita da un'etica di lotta, la quale trova la propria legittimazione nella grandezza e capacità di partecipazione al mito stesso. Cosí però, lo sciopero generale è rimosso dalla sua sfera economica; non sono piú lavoratori avidi di denaro a farlo, bensí gli eroi di una nuova saga che avviano una nuova epoca storica. Gli eroi del mito, gli operai in sciopero, sono i Puri, i Migliori, gli eletti alla vittoria finale, e perciò al proletariato raggruppato attorno alla bandiera della *violence*, della furia creatrice, è assicurata la vittoria sulla *force*, sul potere puramente tecnico-economico della borghesia, allo stesso modo che l'eterno vantaggio di ogni irrazionale sull'elemento razionale, del mito sull'utopia, consiste nel fatto che uno ha fede mentre l'altro calcola. Il mito politico ha la capacità di suscitare un raggruppamento di valore di tipo davvero decisivo. Una volta prese le mosse dalla necessità e dalla grandezza della battaglia conclusiva, esso non ha piú grande preoccupazione se non quella di trovare un nemico che in realtà non lo è piú, e spera di ottenere che la condizione disperata di cercare una via d'uscita, spinga la borghesia a farsi animo e a combattere la battaglia con la dignità che il suo valore le impone. Seguendo in ciò un'antica tradizione, nell'immagine del borghese vuol vedere il nemico per eccellenza [21].

[21] Mentre Eduard Bernstein, tipico rappresentante della dottrina del doppio progresso, già negli anni Novanta lodava l'integrità morale della borghesia, Sorel e Pareto tentano di dimostrare, senza illusioni, il reale fronte di lotta, al di là dei tentativi di relativizzazione propri del parlamentarismo. Il tentativo di contrapporre all'immagine del proletariato un'immagine di valore della

La dottrina della « action directe » significa un tentativo di ridare alla politica la sua immediatezza, nel momento che — ricusando ogni istanza di mediazione, la sfera della umanità neutrale e del progresso — riceve la propria forza e i propri simboli dall'immediata sfera vitale del presente. La stretta relazione tra politica ed economia non rappresenta per essa alcun pericolo, poiché il mito, in quanto principio di forma politica, è sufficientemente forte da vincere ogni elemento d'inerzia. Allo scopo di garantire la volontà di formazione politica, aderisce alla teoria delle *élites*, e riconosce con ciò un principio d'organizzazione di stampo particolare. Con ciò, però, la dottrina di Sorel e del sindacalismo rivoluzionario si armonizza con la concezione ufficiale del leninismo, secondo la quale il partito comunista è la guida del proletariato, la sua unica rappresentanza nella grande lotta contro il dominio mondiale della borghesia, che — secondo *Stato e rivoluzione* di Lenin * — rappresenta la causa falsa, cattiva e immorale [22].

Per ogni principio politico è di fondamentale importanza il come del suo porsi nei confronti del concetto di dittatura, in che senso metta in conto il principio dell'eccezione e lo accetti. Se vedo giusto, nella letteratura socialista si fronteggiano tre concetti di dittatura. Il concetto marxiano di dittatura — formatosi in una epoca in cui, per la prima volta, questioni di potere economico, in modo aperto ed esplicito, influivano autonomamente su rappresentazioni politiche — ha esso stesso conservato poco del proprio contenuto politico. Libero da valutazione politica, definisce il momento nel quale il processo dello sviluppo economico capitalistico è giunto al punto in cui la presa del potere da parte degli operai

borghesia. è stato intrapreso da R. Johannet (al seguito spirituale di Sorel) nel suo *Eloge du burgeois français*, Paris 1924. Tutti seguono perciò la tradizione di Bakunin: « L'honnêt homme, homme moral, c'est celui qui soit acquérir, conserver et augmenter la propriété », *Oeuvres complètes*, III, pp. 127 ss. Di recente, sull'immagine del borghese: Franz Werfel, *Der Tod des Kleinbürgers*, Berlin 1927.

* Come lo stesso Lenin ricorda nel poscritto alla prima edizione (Pietrogrado, 30 novembre 1917): « Il presente opuscolo fu scritto nell'agosto-settembre 1917. Avevo già preparato il piano del VII capitolo intitolato *L'esperienza delle rivoluzioni russe del 1905 e del 1917*, ma all'infuori del titolo non ho avuto tempo di scriverne una sola riga; ne fui ' impedito ' dalla crisi politica, vigilia della Rivoluzione d'Ottobre 1917. Non c'è che da rallegrarsi di un tale ' impedimento '. Ma la redazione della seconda parte di questo opuscolo dovrà probabilmente essere rinviata a molto piú tardi; è piú piacevole e piú utile fare ' l'esperienza di una rivoluzione ' che non scrivere a proposito di essa ».

[22] La concezione ufficiale dell'orientamento di partito oggi dominante: in Stalin, *Probleme des Leninismus* [trad. it. *Questioni del leninismo*, Roma 1945].

ha senso e scopo. I suoi seguaci, i rappresentanti della dottrina del doppio progresso, cercarono di risolvere l'idea di dittatura in due linee — procedenti parallelamente — di progresso economico-tecnico e politico-umanitario: al fine di trovare in una democrazia che le comprenda entrambe il definitivo principio di forma politica dell'epoca capitalistica. Cosí, per essi, la dittatura è trasposta dal mondo della realtà politica in quello dell'utopia, che, connessa alle marxiane « leggi economiche », ricevette la forma di una « transizione organica ». Questa farraggine di sviluppo economico e democrazia, maggioranza e umanità, rendeva facile ai bolscevichi contrapporsi alla critica, che contro la loro idea di dittatura si era levata dalle schiere dei sostenitori della dottrina del doppio progresso. Da risposte come questa

La rivoluzione non discute con i suoi nemici, li annienta; la controrivoluzione fa lo stesso ed entrambe sapranno sostenere il rimprovero di non aver tenuto conto dell'ordinamento del Reichstag tedesco [23]

risulta tutto il sovrano disprezzo dei bolscevichi per questi metodi di lotta liberali di terz'ordine; e risulta che il mito politico della rivoluzione mondiale rappresenta un mezzo di raggruppamento politico e un principio formativo piú efficaci dell'utopia di una possibile maggioranza nella democrazia parlamentare. La dittatura bolscevica si oppone ad entrambi gli altri concetti socialisti di dittatura, di cui l'uno non appartiene quasi all'ambito della dittatura politica, l'altro — col concetto di dittatura — designa il progresso politico al punto in cui non è piú necessario alcun progresso (una comoda utopia, dunque); il concetto bolscevico di dittatura è quello autentico, perché serve a denotare uno stato d'eccezione (*Ausnahmezustand*). La dittatura bolscevica è una dittatura sovrana: a ciò si deve tener fermo, anche se — col trasferimento di molte funzioni di economia privata allo Stato — è sorto anche il tipo di una dittatura commissaria [24], una « dittatura di singole persone per determinati processi lavorativi, con funzioni puramente esecutive », secondo l'espressione di Lenin [25]. La dittatura bolscevica non significa alcuna organica transizione: il suo carattere d'eccezione consiste nel fatto che essa vuole creare soltanto le premesse per la realizzazione dello Stato socialista dell'ugualianza sociale. Da ciò

[23] K. Radek nella premessa a Bucharin, *Programm*, p. 23.
[24] Sulla differenza fondamentale tra dittatura commissaria e sovrana si veda Carl Schmitt, *Die Diktatur*, cit.
[25] Lenin, *Die nächsten Aufgaben der Sowjetmacht*, Berlin 1919 [trad. it. *I compiti immediati del potere sovietico*, in *Opere complete*, vol. XXVI, Roma 1966].

consegue una serie di misure politiche che essa adottò: il segno distintivo di ogni dittatura consiste nell'adottare, per la realizzazione delle proprie idee di valore, misure che stanno in contraddizione con i valori stessi che s'intendono realizzare. A tal fine essa si serve della cosiddetta democrazia dei soviet che certo non costituisce la « forma maggiormente sviluppata » della democrazia, ma in compenso significa il tentativo risoluto di introdurre nella coscienza delle masse della popolazione contadina una quantità di idee, presupposte come indiscutibilmente giuste. A questa partecipazione alle cose statali dovrebbe servire la sostituzione (del resto fallita nella sua totalità) « des gouverments des hommes par l'administration des choses », e ad essa serve soprattutto l'intero sistema consiliare, che incarna la prassi della « democrazia dei Soviet » e significa la traduzione nella realtà del nuovo principio formativo già presente nel sindacalismo [26].

Per ciò che concerne l'elezione, il suo significato non sta in alcun modo nel suo risultato. Ad essa non è neppure insito il debole significato, rimasto presso di noi, che — a seconda del suo risultato — venga cambiato il personale dell'apparato statale. Laddove un valore viene messo in discussione dai suoi stessi latori, ciò non significa certamente che si debba votare sulla sua giustezza, che è presupposta come indiscutibile. Il valore delle elezioni russe non sta nel loro risultato, bensí nella procedura elettorale stessa. Il criterio delle elezioni russe è che sono pubbliche. Si può, dunque, dire «sí » oppure niente di niente oppure poco meno di nulla = dirsi imparziali (*parteilos*). Chi dice « sí » però, lo dice pubblicamente, e con ciò si differenzia chiaramente da tutti coloro che non si esprimono, poiché a quel *sí* appartiene il valore che il governo sovietico cerca affanosamente: il valore d'integrazione (*Integrationswert*), la coscienza del sentirsi-partecipe, del voler-collaborare [27]. Cosí, le elezioni russe, pur senza possedere un'effettivo

[26] Il sistema consiliare appare qui in forma nuova. Originariamente, la forma, in cui gruppi rivoluzionari agiscono in modo politico autonomo direttamente sulla base dell'articolazione di classe e insieme professionale, è stata fondata col contributo del dominio dei bolscevichi. (Per la storia del suo sviluppo ideale: *Über die Rolle des Agitators in Cromwells Heer*, in E. Bernstein, *Sozialismus und Demokratie in der englischen Evolution*, Stuttgart 1908; sul ruolo dei consigli operai della prima rivoluzione russa, Trotzki, in « Neue Zeit », 1907, p. 76). In consapevole prosecuzione e sviluppo delle idee sindacaliste, in Russia, i consigli risultanti direttamente dalle aziende, sono stimati come portatori di funzioni politiche (amministrazione, voto).

[27] Nella Costituzione stessa, la questione della pubblicità del voto non è decisa; tuttavia, le commissioni governative alle quali spetta la decisione scelgono senza eccezione a favore della pubblicità. Sulla procedura elettorale, che si ha nel comizio elettorale pubblico, è interessante, riguardo alla prassi delle ultime elezioni, R. Maltsev in « Kommunistische Internationale », 1927, fasc. 19.

valore decisionale, si sono tuttavia conquistate uno specifico valore politico, essendo divenute un fattore dell'integrazione statale.

Per ciò che concerne il diritto russo-sovietico, — dal punto di vista del suo significato per la vita statale — esso non va posto sullo stesso piano delle elezioni. A prescindere dal grado di tecnicità che è proprio di ogni diritto dell'età moderna, anche di quello russo-sovietico, andando ben oltre, abbiamo scoperto lo specifico carattere del nostro diritto in un difetto — che sta in rapporto inverso rispetto al suo incremento quantitativo — di reale potere decisionale, in un eclissarsi di determinazioni statuali di valore, in un sovrappiú di formalismo e precisione tecnico-giuridici, insomma: nella tipica sparizione dello Stato dietro il suo peculiare meccanismo giuridico. Ciò che ora Lenin [28] si figura come compito del diritto, è quanto segue:

Si avverte che non è ancora definitivamente infranta la concezione lasciataci in eredità e influenzata dalla borghesia, della giustizia come qualcosa di ufficiale e ostile. Non c'è ancora abbastanza coscienza del fatto che proprio la giustizia è l'organo di collegamento della popolazione piú povera con l'amministrazione statale. E davvero l'amministrazione della giustizia è l'organo del potere degli operai e dei piccoli contadini, è uno strumento di educazione e di disciplinamento.

Si è rotto qui con la concezione della giustizia come di un terzo indipendente che sta al di sopra dei contendenti, con quella concezione del liberalismo, il quale riguardo a questa idea faceva virtú della sua necessità. Con ciò, è ripristinata la concezione del carattere integrale del diritto; concezione, che — dall'epoca del liberalismo — va sempre piú scomparendo in Europa, del tutto dissolta nel meccanismo giuridico della democrazia formale. Dove c'è uno Stato, sia in forma democratica, sia esso in forma dittatoriale, il diritto è pronunciato nel nome di determinate idee di valore. È perciò del tutto conseguente, che le garanzie della magistratura russa si fondino non nella sua indipendenza e inamovibilità, bensí in un limitato periodo di elezione e nella previa prova di affidabilità nel servizio di partito: nel suo vincolo non alla legge, bensí al suo senso di giustizia rivoluzionaria. Quel giudice moscovita che non accolse una richiesta nonostante fossero presenti tutte le ragioni di accoglimento, in quanto lesiva degli interessi di un ope-

La differenza tra voto pubblico o segreto, in realtà, significa la piú netta rottura pensabile con le tradizioni delle idee parlamentari-individualistico-liberali. Essa annulla ogni idea che nel voto possa essere in qualche modo deciso il destino del gruppo in carica. Elezione pubblica significa conferma, approvazione, ma in nessun modo decisione.

[28] Lenin, *I compiti immediati del potere sovietico*, cit., p. 30.

raio, contraddistingue, su piccola scala, ciò che il governo sovietico intende ottenere, ammettendo per costituzione — contro giudizi emessi da istanze supreme — un appello presso il Comitato direttivo esecutivo (*Hauptvollzugsausschuss*), un organismo politico [29]. Quella funzione integrale del diritto, che dal punto di vista dello Stato di diritto è stata piuttosto sprezzantemente chiamata « valeur instrumentale » [30], ha nello stesso tempo come conseguenza il fatto che esso è talmente dipendente dal criterio vigente delle finalità dello Stato, da giungere perfino all'idea di lasciare in vigore per soli due anni il nuovo codice civile russo. Con ciò si fa manifesto come il diritto russo rappresenti — nella misura piú marcata — non un diritto eterno (*Ewigkeitsrecht*), bensí un diritto temporaneo (*Zeitrecht*) [31].Il diritto russo non abbisogna di alcuna *clausola rebus sic stantibus*, visto che il diritto stesso è la *clausola rebus sic stantibus* [32]. Questa idea domina completamente la concezione russa del diritto internazionale; l'inconciliabilità dei conflitti di classe ha chiamato in vita lo Stato dei Soviet: questo serve quella, e tramite essa i bolscevichi sperano di dominare — un giorno — tutta la terra. Per questo Stato, perciò, il diritto internazionale, nel senso tradizionale del termine, è la piú problematica delle creazioni giuridiche. Poiché la Russia sovietica non riconosce alcuna comunanza di interessi dei diversi Stati che sia piú che tecnica, qualsiasi aspirazione ad organizzare piú strettamente la comunità di diritto internazionale e a sostenere la propaganda per la pace non riveste per essa alcuna evidenza. Per essa, diritto internazionale non è diritto di pace bensí diritto d'armistizio. Ora, non vedendo la Russia alcuna possibilità di aderire al sistema di relazioni del diritto internazionale, la cui essenza essa ravvisa nella stabilizzazione delle abitudini e dei princípi giuridici di un'epoca già afferrata dalla morte, essa si deve servire — in quest'epoca di transizione (*époque transitorie*) — di precisi accordi speciali con singole potenze. Mancando la piú tenue e vaga omogeneità degli interessi e dei punti di vista, che possa costituire il presupposto della decisione nel senso giuridico, la Russia è costretta a respingere non solo il principio maggioritario nelle relazioni di diritto internazionale, ma anche qualsiasi istanza che

[29] Cfr. la Carta Costituzionale russa del 6 luglio 1923, parte II, cap. 7.

[30] Mirkine Guetzevitch, in « Revue nouvelle de droit international publique », 1925, II serie, vol. 7, p. 314.

[31] A tal riguardo, si veda anche l'osservazione di Rosenstock, *Vom Industrierecht* cit., p. 122.

[32] Si vedano gli interessanti articoli di Korovine e M. Guetzevitch nella rivista sopra citata [« Revue nouvelle de droit international publique »].

pretenda per sé un potere di decisione [33]. In tal modo, la Russia è dovuta diventare necessariamente il nemico principale — non soltanto occasionale, come la Germania — della Società nelle Nazioni di Ginevra [34]. Anche se il preambolo contemplato nel primo abbozzo di Wilson — secondo il quale lo scopo della Società delle Nazioni doveva essere un governo ordinario degli Stati — è stato tolto, comunque la Società delle Nazioni, in quanto tutore e rappresentante dei princípi democratico-formali di legittimità, è rimasta dal primo discorso di Viviani fino al giorno d'oggi nella medesima rigida contrapposizione alla Russia del Soviet. La stima che nella Russia sovietica si ha per la Società delle Nazioni, risulta chiaramente da una allocuzione di Rykov [35]:

> La Società delle Nazioni è un bottegaio, che commercia in popoli e li vende — in forma di mandati — ai cosiddetti Stati civili.

Questo principio democratico-formale di legittimità è servito di pretesto alle potenze per finalità d'intervento imperialistico in Russia. Il ricorso dell'Inghilterra all'articolo II della Carta della Società delle Nazioni per il suo intervento nella guerra russo-polacca, ha incontrato, tuttavia, — con una nota estremamente interessante di Cičerin, del maggio 1921 — un aspro rifiuto, sostenuto dal punto di vista fino ad oggi tenuto fermo dal governo sovietico. Qui si parla di una « cosiddetta Società delle Nazioni, della cui esistenza si è avuto conoscenza dalle notizie dei giornali », e viene energicamente sottolineata l'incompatibilità dell'articolo II della Carta della Società delle Nazioni con la sovranità dell'operoso popolo russo [36]. Singolare è il richiamo alla sovranità. In un'epoca in cui in Europa si compie teoricamente e praticamente la demolizione delle idee di sovranità [37], il bolscevismo si trova nella curiosa si-

[33] Su ciò, si veda C. Schmitt, *Kernfragen des Völkerbundes*, parte II, Berlin 1926.

[34] Con ciò si spiega la constatazione molto equivoca di Kunz, « Zeitschrift für Völkerrecht », XIII, 4, p. 584, che il diritto internazionale sovietico sia caratterizzato « da una tendenza profondamente reazionaria ». Il termine ' reazionario ' appartiene ad altri ambiti concettuali e presuppone un'unità politica data. Nella lotta degli Stati e delle classi, non significa nulla e dev'essere sostituito da concetti di raggruppamento politico di ampio genere.

[35] « Internationale Pressekorrespondenz », 1925, p. 2446.

[36] « Russische Korrespondenz », anno I, vol. 2, p. 559.

[37] Nel modo piú pregnante in H. Laski, *Studies in the Problem of Sovereignty*, New Haven 1917, e *Authority in the Modern State*, New Haven 1919; v. anche K. Wolzendorff, *Der reine Staat*, Tübingen 1920. La questione della sovranità è in stretta connessione con la questione della forza del principio politico formativo. Laddove manca un forte principio formativo, laddove lo Stato in quanto meccanismo giuridico sussiste solo nella forma delle classi

tuazione di procurare nella pratica un nuovo trionfo al concetto di sovranità, a cui nega in teoria riconoscimento. L'argomentazione di uno scrittore russo [38], che la Repubblica sovietica è pervenuta all'impiego del concetto di sovranità meno attraverso la bellezza di una tesi giuridica che attraverso gli *intérêts réels* della repubblica socialista, può certo essere del massimo interesse per la valutazione delle tesi giuridiche nella Russia sovietica, senza tuttavia giungere al cuore del problema reale.

In Europa, l'affievolirsi delle concezioni nazionalistiche non si manifesta in modo piú chiaro che nel fatto, che le annessioni coloniali intraprese dopo la pace di Versailles e le altre hanno trovato il loro sostegno morale non nell'unità nazionale del popolo — secondo la maniera tradizionale —, bensí dovendo servirsi della struttura fiduciaria della Società delle Nazioni per il consolidamento dei risultati voluti. Come dalla necessità delle linee ausiliarie di Versailles risulta chiara la debolezza pratica del concetto di sovranità proprio dello Stato nazionale, cosí la difficoltà teorica si mostra chiaramente nell'impossibilità di trovare — nell'epoca delle strutture democratico-formali di equilibrio — una risposta adeguata alla questione di chi debba detenere la sovranità (che significa la decisione concreta nel caso di conflitto). La Russia sovietica ha designato, in modo quasi inconcepibile per le tendenze alla dissimulazione tipiche del nostro tempo, un preciso e riconosciuto soggetto della sovranità. Ad essa, soltanto per questo, sarebbe spettato, nella storia delle teorie statuali, al massimo il riconoscimento di aver intrapreso un generoso tentativo di restaurazione; ma ciò che per principio è il nuovo nel concetto bolscevico di sovranità consiste nella separazione di Stato e sovranità, intrapresa per la prima volta consapevolmente. Il bolscevismo aiuta a sciogliere il legame, tramandato storicamente e divenuto ormai insostenibile, della sovranità con lo Stato, introducendosi nella breccia cosí originatasi con la proclamazione della sovranità della classe

che di volta in volta si avvicendano al governo, vi saranno sempre pensatori che tenteranno di trarre la conseguenza ultima attraverso l'esclusione del concetto di sovranità. Infatti, si può proclamare anche giuridicamente la completa autonomia dell'economia — come fanno Wolzendorff e Laski con l'aiuto di ragionamenti cooperativistici —, e poi appropriatamente parlare — come accade a Wolzendorff — di uno « Stato puro », che in realtà però è null'altro che la forma giuridica liberale limitata a polizia e funzione arbitrale. Oppure, come Laski, di una « cooperative sovereignty », che significa tuttavia soltanto una dissimulazione. In un altro punto egli dice piú chiaramente: « The real rulers of a society are undiscoverable, but with the real rulers must go sovereignty ».

[38] E. Korovine nell'articolo citato, in « Revue nouvelle de droit international publique », p. 299.

al posto di quella dello Stato. Questa sovranità non è vincolata ad alcun confine statale; essa è —per sua tendenza — universale. Con ciò, anche la questione dell'intervento ha assunto un altro aspetto. L'intervento degli Stati nazionali imperialistici trovò il suo limite nel grado di saturazione della loro economia. La politica d'intervento della repubblica sovietica non conosce limite alcuno; è per principio insaziabile; potenzialmente, quindi, il dominio della classe si estende sopra ogni membro della popolazione lavoratrice, e ogni membro della classe le dà motivo d'intervento, sia che essa si ponga a sua difesa, sia che, per suo tramite, essa cerchi d'influenzare i destini di altri paesi. Con ciò, però, è sollevata la questione se la Russia sovietica sia ancora uno Stato. A che detiene o esercita un illimitato diritto d'intervento manca lo specifico dello Stato: autolimitarsi in un qualsiasi punto del mondo. Con ciò, tuttavia, non è detto che la Russia sovietica rappresenti meno che uno Stato; al contrario, essa ha restituito al diritto e al voto il loro carattere integrale, ma per asservirli a raggruppamenti piú estesi che un tempo. Con l'aiuto loro e del mito politico della rivoluzione mondiale, essa ha nuovamente organizzato le forze politiche, aperto i varchi che lo Stato ha occupato fin dal XIX secolo inoltrato. La forma dello Stato c'è ancora; ma esso si è trasformato in qualcosa di ben piú ridotto, un meccanismo giuridico, l'entusiasmo per il quale era ancora cosí sufficientemente grande da bastare per una teoria del doppio progresso. Questo Stato, che non è piú tale, non può neanche avere un nemico; infatti, non possiede piú alcuna forma di espressione politica. L'ostilità dei portatori del mito politico della rivoluzione mondiale, che in Russia vede solo il suo punto di partenza, si rivolge contro le potenze che lo sostengono. I gruppi delle potenze capitalistiche con la loro politica imperialistica, da una parte, i portatori della teoria del doppio progresso, i sostenitori del meccanismo giuridico, socialdemocrazia e piccola borghesia, dall'altra, sono quelli per i quali vale l'assoluta e inconciliabile ostilità del bolscevismo.

Incrociatore corazzato e diritto pubblico * (1928)

Nel comunicato del servizio stampa ufficiale socialdemocratico del 14 agosto si dice:

Nell'opinione pubblica si è largamente diffusa l'idea che il Consiglio del Reich abbia deliberato che, riguardo alla costruzione o meno, si debba decidere ancora una volta prima del 1° settembre, e che con ciò abbia quindi rimesso la decisione definitiva nelle mani del gabinetto del Reich. Il Consiglio del Reich non ha preso una simile decisione. E non poteva in alcun modo prenderla, poiché si tratta di una questione che — secondo la costituzione — può essere decisa solo dai fattori legislativi in forma di legge. In realtà, il Consiglio del Reich il 31 marzo ha preso una deliberazione che significa lo stesso che niente, e precisamente quanto segue: di non porre mano prima del 1° settembre 1928 ai lavori per la nave corazzata, eccetto il mero lavoro di costruzione; in particolare, di non stipulare prima contratti sulla consegna, onde evitare che — in seguito ad un taglio delle spese che si rendesse eventualmente necessario — la prosecuzione della costruzione venga provvisoriamente sospesa, o che perciò debbano venire ridotte altre importanti voci del bilancio militare.

Come si vede, una nuova e decisiva delibera tramite il gabinetto del

* L'affare del *Panzerkreuzer* esplose durante la *grosse Koalition* guidata dal socialdemocratico Müller che, sotto le pressioni della sinistra del suo partito e delle critiche per il tipo di politica economica seguita, fu costretto come deputato a votare contro il progetto di costruzione dell'incrociatore corazzato che egli aveva invece quale *Reichskanzler* presentato e sostenuto. La proposta fu approvata grazie ai voti della destra (1928). Cfr. G. E. Rusconi, *La crisi di Weimar*, Torino 1977, p. 272: « Di fatto la Grande Coalizione si trovò a dover metter in esecuzione una decisione formalmente assunta dal governo precedente. Naturalmente non si trattava di una semplice adempienza formale, ma di una concessione ai partiti borghesi per ragioni di equilibrio interno. Era un cedimento difficilmente giustificabile agli occhi delle masse socialdemocratiche che nell'affare dell'incrociatore videro una incomprensibile contraddizione dei propri ministri ».

Reich è del tutto fuori discussione. Per il gabinetto si tratta, dunque, ormai solo di una *misura amministrativa* per l'attuazione di una legge del Reich giuridicamente valida.

La fonte di questa opinione diffusasi tra il pubblico e ufficialmente definita erronea, secondo la quale il gabinetto del Reich dovrebbe decidere ancora una volta e in maniera definitiva prima del 1° settembre sulla costruzione della corazzata, in verità non doveva essere del tutto estranea al servizio stampa. Se sfogliamo i suoi annali, infatti, troviamo — al 2 aprile — questa notizia, trasmessa alla stampa di partito, sullo svolgimento della seduta del Consiglio del Reich del 31 marzo (dopo che in un primo momento si è detto che il Consiglio non ha sollevato alcuna eccezione contro la costruzione dell'incrociatore, si dice testualmente piú avanti):

Si è piuttosto realizzato un accordo, secondo cui fino a settembre abbiano luogo solo i preliminari per la costruzione, *cosicché il futuro nuovo governo del Reich possa avere ancora la possibilità della decisione sulla costruzione stessa.*

Innanzitutto dobbiamo, dunque, osservare che singolarmente la fonte sia della ' giusta ' che della ' falsa ' opinione è di fatto unica. Conseguentemente a tale osservazione, ci vediamo costretti ad esaminare piú da vicino le pezze d'appoggio giuridiche delle asserzioni del servizio stampa, per non trovarci ancora nella penosa condizione di accettare per 4 mesi e mezzo come ufficialmente ' giusto ' qualcosa di ' falso ', per poi essere ufficialmente informati che ciò che fin qui era ' ufficialmente giusto ', da oggi è ' ufficialmente falso '.

Occupiamoci innanzitutto del significato giuridico-costituzionale della delibera del Consiglio del Reich del 31 marzo. Il blocco borghese del Reichstag — nel bilancio del 1928 — aveva fissata in 9,3 milioni di marchi la prima rata di costruzione dell'incrociatore.

Il Consiglio del Reich, che nella presentazione del progetto di bilancio aveva cassato questa voce, non ha sollevato — con l'autorizzazione del governo prussiano — alcuna obiezione contro le voci di bilancio reintegrate dal Reichstag; cosí fu approvata la voce comprendente la costruzione della nave. L'ulteriore delibera del Consiglio del Reich di rimandare l'inizio della costruzione, poteva avere — dal punto di vista del diritto costituzionale — solo il senso di una raccomandazione al governo del Reich, visto che la disposizione giuridico-costituzionale sulla costruzione della nave,

dopo che il Consiglio aveva lasciato passare il termine utile alla presentazione del ricorso, spettava ormai al governo.

Dal punto di vista politico-pratico, quella raccomandazione significa un compromesso temporaneo che, concluso in accordo col governo prussiano e il ministero della Guerra, rimanda l'inizio della costruzione, allo scopo di verificare ancora una volta le sue condizioni finanziarie. Dal punto di vista del contenuto, tuttavia, il compromesso non significa alcunché, e ognuno poteva dare la propria libera interpretazione. Il Consiglio del Reich non si è assolutamente piú espresso sulla questione della costruzione. Che prima dell'inizio della costruzione si dovesse ancora una volta deliberare, era evidente. In tutto il mondo è cosí: prima che una cosa venga costruita ci dev'essere qualcuno che decida con autorità che deve essere costruita. E che, per l'importanza della materia, tutto il gabinetto dovesse decidere, non era ad ogni modo in dubbio per nessuno. Pertanto, si può usare l'espressione « provvedimento amministrativo », poiché ci sono ' misure amministrative ' che sono atti politici, e altre di natura puramente tecnica. Con questi giochetti terminologici non si può trattare la questione, che qui affiora, se il governo sia obbligato o meno a far uso del mandato concesso nel bilancio. Il parlare in tono convincente di una misura amministrativa, che serve ad esprimere una legge del Reich a carattere definitivo, non aiuta certo a superare il fatto che il bilancio non è per nulla una legge come qualsiasi altra. Lo stato delle cose non è comunque cosí semplice come il servizio stampa s'immagina.

Non dev'essere qui ulteriormente indagato, se il bilancio sia effettivamente una legge ovvero soltanto un affare giuridico tra governo e Parlamento, come pensa Hatschek *. Ad ogni modo, in tutta la letteratura giuridico-costituzionale pre e postrivoluzionaria non viene sottolineato il fatto che il bilancio non rappresenta alcun ordine per il governo. Tutte le voci di spesa del programma finanziario, come stabilisce esplicitamente Laband [1] sono — per il diritto costituzionale — solo autorizzazioni al governo a compiere delle spese. L'inserimento nel bilancio di un capitolo di spesa non contiene in alcun modo una disposizione vincolante per il governo ad impiegare anche realmente i mezzi concessigli per lo scopo fissato. Il bilancio significa semplicemente una limitazione del governo dal lato delle uscite, *non da quello dei risparmi.* Il governo

* L'autore fa evidentemente riferimento a J. Hatschek e alla sua *Einleitung in das öffentliche Recht* del 1926.

[1] P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1911-14^5, vol. IV, p. 543.

può sopprimere autonomamente voci di bilancio, assumendosene naturalmente la responsabilità politica di fronte al Parlamento. Contrariamente all'abuso del bilancio, il fatto che il governo non esaurisca tutti i mezzi stanziati, non comporta responsabilità alcuna, né civile né penale. Cosa che è chiaramente derivabile dalla proposizione di Arndt nell'articolo *Bilancio dello Stato* [2]: « La mancata prestazione di una spesa prevista dal bilancio rende il governo responsabile solo politicamente ». Degno di attenzione è che la concezione qui espressa fu unanimemente sostenuta nella Germania monarchica, sebbene le si attribuisse un ben preciso significato politico, secondo il quale era in potere del governo, indipendentemente — nell'antica Prussia-Germania — dal Reichstag, di non eseguire le disposizioni previste a bilancio dal Parlamento. L'unanimità anche di autori liberali come Meyer-Anschütz e L. von Rönne* è da ricondurre al fatto che essi trattano tutte le questioni di diritto finanziario in conformità con i punti di vista assolutamente predominanti nel periodo successivo alla *Konfliktzeit* **, come se fosse possibile impedire al governo spese non autorizzate con provvedimenti di diritto finanziario (*etatrechtlich*) e di diritto costituzionale. Possibilità di risparmi e tagli eventuali furono salutati come auspicabili; a complicazioni che potessero sorgere dal fatto che le voci espressamente introdotte nel bilancio dal Parlamento non venissero applicate secondo la prevista finalità, non si guardò affatto.

Questa teoria costituzionale fu sostenuta, anche dopo la rivoluzione, con le stesse ragioni fondate su considerazioni di politica del bilancio, come si ricava dalle espressioni di Hatschek:

Un'autorizzazione per la riduzione delle spese non è necessaria, poiché

[2] Stengel-Fleischmann, *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrecht*, 1914².

* Gerhardt Anschütz, giurista (1867-1948) autore di numerose opere, professore universitario a Tubinga e a Berlino. L'opera che lo rese piú famoso è il commento alla Costituzione di Weimar che, fino al 1933, ebbe ben 14 riedizioni. Ludwig Peter Moritz von Rönne (1804-91) prima magistrato e poi quasi esclusivamente uomo politico è autore di uno *Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 2 voll., Leipzig 1856 e 1863. Sulla sua figura vedi P. von Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt a. M. 1974; e M. Fioravanti, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979.

** Durante la *Konfliktzeit* (1862-63) il sovrano prussiano su proposta di Roon nominò primo ministro Bismarck, il quale si dichiarò pronto a governare anche contro la Costituzione e il Parlamento (cosiddetta *Lückentheorie*), ponendo direttamente sotto il controllo della corona l'esercito, rendendo cosí indipendenti dall'approvazione parlamentare le spese militari.

il bilancio concede al governo la procura di spendere al massimale delle voci di bilancio. Se esso si tiene al disotto di questo, è affar suo e non soggetto ad autorizzazione, ma dev'essere motivato, poiché il Parlamento deve sapere se il prossimo anno concederà un preventivo cosí alto per la spesa in oggetto.[3]

Cosí anche i consiglieri ministeriali nel ministero delle finanze Schultze Wagner facendo presente la prassi fin qui usuale:

Il governo non può essere costretto — nemmeno tramite l'inserimento nel bilancio preventivo, da parte degli organi legislativi, di determinazioni di spesa con stanziamenti aggiuntivi — all'assunzione di provvedimenti, per esempio alla costruzione o prosecuzione di un acquedotto.[4]

Questa teoria liberal-costituzionale rivela, però, non solo tracce di talento contabile: le spetta anche un significato eminentemente politico. In sostanza, si fonda sull'idea apparentemente non ancora del tutto invecchiata, che un governo è certo dipendente dalla fiducia o, quantomeno dalla ' approvazione ' del Parlamento, ma che per il resto dovrebbe comporsi di uomini tanto indipendenti quanto responsabilmente coscienti: idee queste, che, sotto il titolo « Governo delle personalità », hanno trovato risonanza anche all'interno della social*democrazia*. L'autonomia del governo si esprime quindi anche nel fatto che il bilancio significa per esso un ambito all'interno del quale è legittimato a muoversi liberamente, sotto la propria responsabilità.

Non accontentiamoci, però, del fatto che il tentativo di spiegazione del servizio-stampa socialdemocratico non trova appoggio alcuno nella teoria del diritto pubblico liberal-costituzionale: nell'ottica dei princípi puramente democratici quel tentativo è una mostruosità. Secondo questi, il Parlamento è nulla piú che una giunta del popolo e il governo null'altro che una giunta del Parlamento. Il governo è un mero esecutivo del Parlamento, per la formazione della volontà del quale i deliberati parlamentari tracciano la strada. L'ideale della democrazia è governo mediante commissioni parlamentari, come mostra l'esempio del periodo della Convenzione francese 1792-93. L'identità di governo e governati, a cui nella democrazia si aspira con ogni mezzo, la loro coincidenza, è ottenuta al meglio mediante l'esame intensivo della volontà popolare. Qualora questa ricerca abbia avuto luogo tramite le elezioni parlamentari e una nuova ' volontà popolare ' — diversa da

[3] J. Hatschek, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, 1924, vol. II, p. 352.
[4] H. Schulze-Wagner, *Kommentar zur Reichshaushaltsordnung*, par. 25, nota 2.

quella fino ad allora invalsa — si sia manifestata, come è stato il caso del 20 maggio, allora agli atti di politica interna del Parlamento passato, i quali non hanno — a differenza degli atti di politica estera — un ambito di efficacia ulteriore rispetto al proprio popolo, non può in alcun modo derivare vincolo per l'attuale governo. Questo è libero nei suoi provvedimenti politici, vincolato soltanto alla volontà popolare che è giunta ad espressione nel nuovo Parlamento. L'interrogativo, se la nuova volontà popolare sia giunta a decidere che l'incrociatore dev'essere costruito, avrebbe dovuto essere sufficientemente importante per il ministro socialdemocratico, da costringerlo ad orientarsi su ciò — prima di una decisione — tramite una consultazione del Parlamento.

In conclusione, dev'essere constatato che la decisione del gabinetto presentata ufficialmente dal partito — con discreta temerarietà — come necessaria dal punto di vista giuridico-costituzionale, dal punto di vista liberal-costituzionale si è mostrata in nessun modo 'necessaria' e da quello democratico assolutamente inammissibile.

Trasformazione di significato del parlamentarismo (1928)

Della Costituzione weimariana attualmente in vigore si dice spesso che avrebbe creato la forma democratica dello Stato e introdotto il sistema parlamentare in Germania. Cosí, le espressioni ' parlamentare ' e ' democratico ' vengono adoperate l'una per l'altra o l'una accanto all'altra, sicché sorge arbitrariamente l'impressione che esse avrebbero avuto, nel corso della storia, sempre lo stesso significato, e che siano impensabili l'una senza l'altra. È questo un errore teorico di ampia portata, che — altrimenti per noi la constatazione non sarebbe importante — nella prassi politica conduce e ha già condotto ad errori fatali.

Il parlamentarismo, nella sua figura tradizionale, è la forma classica, in cui la borghesia ha dominato Stato e società nel XIX secolo. Per lungo tempo si credette, invischiati nella trattazione esclusivamente dei rapporti interni tedeschi, che i grandi conflitti politici di questo secolo trovassero la loro espressione nell'antitesi, formulata dal professore liberale Hugo Preuss *, di « Stato autoritario [*Obrigkeitsstaat*] e Stato nazionale [*Volksstaat*] ». E non ci si avvide che si trattava soltanto dell'estrema battaglia difensiva dell'assolutismo principesco in ritirata, il quale — in Germania piú tardi, in altri paesi prima — dovette cedere al dominio della borghesia, innanzitutto nella mimetica forma di transizione della monarchia costituzionale.

A base del parlamentarismo, del sistema di dominio della borghesia nel XIX secolo, stavano tre princípi politici precisamente riconoscibili e formulabili:

1. la fede che i ' ceti di possesso e cultura ' — come nella

* Hugo Preuss (1860-1925) stretto collaboratore di Ebert è considerato il vero autore della Costituzione di Weimar anche se non tutte le formulazioni da lui proposte furono accettate.

classica accopiata terminologica, cosí illuminante nella sua composizione, di Rudolf von Gneist, il quale giocò negli anni Settanta-Ottanta del secolo XIX lo stesso ruolo che oggi ha il professor Kahl * del Partito popolare tedesco (*Deutsche Volkspartei*) — siano in modo esclusivo chiamati all'esercizio di funzioni politiche e all'occupazione delle piú alte cariche burocratiche;

2. la fede che l'utile e il giusto per la nazione possano essere trovati nella e attraverso la pubblica discussione parlamentare;

3. la ferma fedeltà al principio dello Stato di diritto.

Quel principio dell'esclusiva capacità e dignità politiche dei ' ceti di possesso e cultura ', che fu motivato dai suoi sostenitori di allora facendo presente le piú alte tasse della classe proprietaria, fu il fondamento teorico di ogni suffragio legato alla quantità di reddito o all'estensione della proprietà (suffragio censitario). Il suffragio censitario fu lo strumento tecnico della borghesia XIX secolo (la quale non disponeva ancora di un monopolio della stampa cosí efficace ed illimitato come i suoi discendenti nel XX secolo), per tener lontane le grandi masse dall'influenza sui propri destini politici, e per far sí che il dominio dello Stato restasse esclusivamente nelle sue mani. La massima della borghesia nel XIX secolo, il principio dello Stato di diritto, ci è difficilmente comprensibile, anche se fin nei circoli di partito si parla della santa idea dello Stato di diritto, senza però considerare che il significato storico-ideale dello Stato di diritto nel XIX secolo era completamente diverso rispetto alla sua funzione nella vita politica del XX secolo. Allora, l'esigenza dello Stato di diritto aveva un doppio senso: in primo luogo, questo concetto doveva servire a consentire alla borghesia la vittoria definitiva sui residui assolutistici del sistema monarchico, e provvedere a che l'arbitrio dei singoli organi di governo e dell'amministrazione fosse il piú possibile limitato, mediante l'istituzione di una quantità di precise norme di legge. Oltre a ciò, le esigenze di traffico e commercio richiedevano il massimo di certezza del diritto (*Rechtssichereit*); ogni commerciante o industriale doveva poter saper anticipatamente, quale risultato avrebbe otte-

* Heinrich Rudolf Gneist, giurista e politico (1816-95). Oppositore delle teorie di F. J. Stahl, solo nel 1858 ottenne la cattedra universitaria. Nel 1869 fu eletto presidente del Zentralverein für das Wohl der Arbeiterklasse (Lega centrale per il benessere della classe operaia) e nel 1872-73 fu co-fondatore e primo presidente del Verein für Sozialpolitik (*Kathedersozialisten*).

Wilhelm Kahl, giurista (1849-1932). Esperto di diritto ecclesiastico e di diritto penale, fu eletto membro dell'Assemblea nazionale nel 1919 e fece parte della commissione per la redazione del testo costituzionale. Nel 1927 presiedette il Comitato parlamentare per la riforma del codice penale. Nel 1930 fu indicato quale possibile presidente di un futuro partito liberale unificato.

nuto rivolgendosi agli organi statali per far valere una pretesa — e di pretese ne aveva molte. Quello che intendiamo si chiarisce in una immagine grottesca usata da Max Weber, il piú grande e lungimirante degli studiosi borghesi tedeschi: la giustizia è una macchina, nella quale s'introduce — in alto — il caso concreto e le spese legali, e dalla quale esce poi — in basso — la soluzione.

Già allora, i rappresentanti della borghesia cosí come i portavoce letterari del proletariato riconobbero il ruolo del sistema parlamentare, la differenza tra regime parlamentare e democrazia. Da tutti gli scritti politici di Marx e Engels, dal *Manifesto Comunista* attraverso le *Lotte di classe in Francia* fino alla *Guerra civile in Francia* e allo scritto engelsiano della vecchiaia *Internationales aus dem Volksstaat*, si deriva quell'argomento: « Il potere statuale moderno è solo una giunta che amministra gli affari generali di tutta la borghesia » (*Manifesto comunista*). Con ' democrazia ' essi intendono il dominio di tutto il popolo lavoratore, contrapposto al dominio di un Parlamento composto mediante suffragio censitario. E anche la borghesia ha riconosciuto — nei suoi piú illustri rappresentanti — che il suo sistema parlamentare di allora stava in assolua opposizione rispetto ad un regime popolare democratico (*demokratische Volksherrschaft*). In breve: ' democrazia ' significava allora l'anelito, spesso non chiaro ma sempre presente, delle vaste masse al potere politico; ' parlamentarismo ' incarnava il dominio della borghesia.

Cosa ne è stato di quei tre punti d'appoggio fondamentali del sistema parlamentare del XIX secolo? È questa la ricerca che abbiamo adesso il dovere di condurre, liberi dalle opinioni già allora dominanti su valore e disvalore del parlamentarismo.

Con la rivoluzione del 1918 caddero gli ultimi resti di un suffragio corporativo (*Klassenwahlrecht*). Nel Reich, era già stato realizzato — con la Costituzione bismarchiana — il suffragio universale e uguale. Anche il principio del voto proporzionale, a cui da tempo si aspirava, fu attuato. La responsabilità parlamentare dei ministri, la loro piena dipendenza dai rappresentanti del popolo, divenne principio costituzionale. In ciò, molti videro il definitivo abbattimento del vecchio sistema. A noi, tuttavia, pare che questa conquista non sia da sopravvalutare eccessivamente, poiché già nella monarchia costituzionale i ceti della borghesia, ancor oggi determinanti, esercitavano un influsso, certo non stabilito costituzionalmente ma non perciò minore, sulla formazione della volontà delle massime cariche governative. Ora, si pensa spesso che, dopo il declino del suffragio per ordini (*Drei-Klassen-Wahlrecht*), dopo l'introduzione di un'elezione proporzionale universale, quelle opposizioni tra una borghesia politicamente privilegiata e i lavoratori

aventi diritti minori, come il XIX secolo le aveva caratterizzate, siano superate, e che noi oggi in Germania abbiamo soltanto cittadini aventi uguali diritti, in breve un sistema che riunisce in sé democrazia e parlamentarismo.

Il principio dello Stato borghese-parlamentare, che abbiamo indicato per primo, è effettivamente venuto meno. Il suffragio censitario fu il mezzo piú semplice di tenere lontani i ceti elettorali piú ampi. Tuttavia, sarebbe un modo troppo superficiale di trattare la cosa, se volessimo accontentarci di constatare che un mezzo per tener lontani i ceti proletari dall'energica rappresentanza dei loro interessi di classe è venuto meno, senza occuparci di verificare se lo scopo voluto non venga oggi raggiunto con altri mezzi. La borghesia ha imparato nel XX secolo a servirsi di un potere di fatto, che prima non ha conosciuto in questa estensione e di cui non ha dovuto necessariamente servirsi in maniera organizzata. Con l'aiuto del denaro essa ha creato un gran numero di istituzioni, mediante le quali altera la formazione della volontà statuale. Il suo strumento di maggior importanza è la stampa. Per dare un'idea dell'immenso vantaggio che la borghesia ha grazie al capitale di cui dispone, basta far presente un esempio a noi tutti noto. C'è oggi un'organizzazione molto influente, chiamata Partito democratico. Essa, per la sua ideologia, è ben piú pericolosa per la classe lavoratrice di quanto lo siano i suoi nemici dichiarati; solo non è purtroppo ancor sufficientemente chiaro ai gruppi dirigenti di partito, che il capitale finanziario da una parte, industriali dall'altra, certo possono non concordare in molti punti, ma sono assolutamente uniti nel punto decisivo: la salvaguardia della proprietà privata e della libertà contrattuale. Questa organizzazione politica, il Partito democratico, esiste solo grazie ai tre editori di giornale: Ullstein, Mosse e Frankfurter Sozietätsdruckerei. Per la sua posizione di potere finanziario la borghesia ha conseguito, dunque, una occulta, anziché evidente, posizione di potere. Essa ha concesso il suffragio universale e uguale, togliendogli nel contempo, con il proprio potere finanziario, i suoi effetti piú importanti.

Il secondo principio fondamentale della borghesia parlamentare, la fede nell'aperta discussione in Parlamento, che produce l'esito giusto e razionale per il bene del popolo, presuppone un'unità politica data, com'era quella rappresentata dalla borghesia nel XIX secolo. Quando il proletariato entrò in Parlamento, questo principio divenne privo di senso. Nella discussione pubblica, il rappresentante del proletariato poteva dire al rappresentante della borghesia solo che il suo interesse esigeva una determinata regolamentazione; mentre il rappresentante dei borghesi prendeva le mosse da ciò che il suo interesse rendeva necessario, e in questo i parlamentari

borghesi hanno mostrato fino ad oggi la caratteristica di dichiarare che il loro interesse è identico all'interesse di tutta la nazione. Un Parlamento non è piú, dunque, luogo di una discussione produttiva: è diventato il luogo delle dichiarazioni pubbliche di opposti interessi di classe, mentre le effettive decisioni sulle questioni politiche vengono prese in riunioni private, in commissioni ed incontri segreti. L'idea di una decisione razionale da raggiungere in un Parlamento, inteso come rocca del progresso, ha dovuto cedere di fronte al fatto che gli interessi di classe sono questioni di potere, per le quali non c'è altra ragione che la necessità di ottenere da parte di ogni classe il massimo del possibile senza rischiare oltre i rapporti di forza. In rapporto a ciò, dev'essere richiamata l'attenzione sul fatto che maggioranza parlamentare e potere politico reale *possono*, non però *devono* coincidere. Maggioranza e potere sono due cose diverse, e la maggioranza parlamentare è solo *una*, non assolutamente attendiblie, possibilità di conoscenza dei veri rapporti di forza.

La borghesia ha cercato di sfruttare di fronte al proletariato l'idea dello Stato di diritto, in modo da mostrare che le leggi sono uguali per tutti, che hanno la stessa validità e che perciò il proletariato non può pretendere un trattamento particolare. Di fronte a questo argomento è sufficiente richiamarsi alle felici parole di Anatole France: « La legge, nella maestosa equità, concede a poveri *e* ricchi di dormire sotto i ponti ». In realtà, l'idea dello Stato di diritto ha oggi ricevuto un significato completamente diverso. Non è piú una condizione che appartiene esclusivamente alla borghesia, né una posizione offensiva come al suo esordio, né una posizione difensiva come nella sua ultima fase. L'idea dello Stato di diritto sta oggi tra borghesia e proletariato. È diventata la linea di confine tra due gruppi in lotta, i quali sono entrambi ben lontani dal riconoscere in essa la norma definitivamente valida della spartizione del potere. Ciò dev'essere esplicitato con un esempio. Né datori di lavoro né lavoratori vogliono oggi mettere tutto in gioco in una singola controversia, per cui ognuna delle loro controversie va oggi al di là della lotta fra due individui isolati: dietro ciascuno di essi, i rispettivi gruppi sociali sono pronti — in ogni importante congiuntura — a venire in aiuto del proprio partito. Perciò, lo Stato ha costruito un intero sistema di diritto che serve a portare a compimento per vie giuridiche questi conflitti sociali, a sottrarli alla sfera dei diretti interessati, a neutralizzare le domande sociali di potere in problemi di riconoscimento giuridico (*Rechtsfindung*). Cosí, la idea dello Stato di diritto ha oggi la funzione di creare una condizione di equilibrio nelle relazioni di borghesia e proletariato. Lo Stato di diritto è forse una delle forme che maggiormente indicano

all'esterno il valore di transizione del nostro attuale sistema politico, la sua provvisorietà, lo stato in cui una classe *non è piú* sufficientemente forte, l'altra *non lo è ancora*, per tener fermo all'esclusività del proprio sistema politico.

Il problema della Costituzione (1929)

Ogni Costituzione porta in sé per natura una superba pretesa, per la quale essa si differenzia dalle altre disposizioni del potere statuale: la pretesa della durata. Una Costituzione può realizzare quella pretesa, e la realizzerà, solo se, nell'eterna disputa tra spirito umano ed evento storico, l'epoca concreta, saprà liberare l'uomo dalla caparbietà e isolamento infruttuosi in cui l'individuo si avvolge proprio oggi con troppo compiacimento, se lo chiamerà ad essere positivo demiurgo del suo tempo. Con ciò, ogni Costituzione è ancora posta di fronte al problema di trovare una forma per quel processo costante, in cui la volontà si fa signore della realtà. E perciò le Costituzioni, per nascere, richiedono necessariamente tempi in cui volontà e realtà gettano un ponte tra loro nel decisivo momento della conoscenza. La conoscenza di una situazione, infatti, è l'elemento d'unione tra volontà e realtà matura per forma. La conoscenza di una concreta situazione economico-politica è quella che sola conferisce alla volontà umana forma e figura concrete. Quanto piú adeguatamente l'uomo conosce la realtà nella sua forma attuale come compito del momento, tanta maggior sicurezza e forza avrà la volontà di plasmarla a partire da questa conoscenza. Cosí, le Costituzioni sono cifre che indicano se e in quale misura gli uomini hanno conosciuto la struttura dell'esistenza, e con ciò — secondo il nostro modo d'intendere — la loro propria struttura di coscienza. Poiché, se essi hanno acquisito conoscenza della struttura d'esistenza del presente e perciò sono nella condizione di illuminare il processo di formazione della propria coscienza, allora è essenzialmente una questione di autocomprensione, della maturità della coscienza di classe, se essi sono disposti a trarne le necessarie conseguenze. E la durata di una Costituzione, la questione se essa sia annunciatrice di un principio di formazione che domina lo stato attuale della società umana, si valuta essenzialmente su come e in

che misura siano insieme confluite in essa volontà, conoscenza, situazione oggettiva di coscienza e soggettiva valutazione di questa struttura coscienziale.

In tal senso, la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo* dell'anno 1789 e le Costituzioni francesi ad essa ispirate, sono state una Costituzione compiuta, il precipitato concreto di princípi formativi che realizzavano il loro tempo. E questa Costituzione ha pienamente corrisposto alla struttura spirituale della borghesia francese nonché alla situazione economica della Francia — corrisposto, certo, con la limitazione che è da porre in ogni Costituzione borghese e che rappresenta l 'eterna contraddizione di ogni carta costituzionale borghese: la contraddizione tra individuo e principio democratico della colletività. Quella contraddizione ha imposto nella nostra epoca la Costituzione borghese. Si cercò di darle soluzione rimuovendo i suoi presupposti: il funzionamento di un sistema sociale capitalistico. Fu la Costituzione russa del 1918, quella che per la prima volta tentò di staccarsi dai princípi fondamentali delle Costituzioni borghesi: proprietà privata e libertà contrattuale, e di proclamare in modo chiaro ed inequivocabile la dichiarazione di una volontà nuova, di una volontà socialista. In essa, il mondo vide il singolare spettacolo di una Costituzione in cui non — come nelle Costituzioni classiche della fine del XVIII secolo — una struttura di coscienza venne progressivamente a maturazione e fu messa in grado di dare forma ed espressione a una struttura del reale, bensí in cui una struttura esistente di coscienza anticipò una struttura non ancora presente dell'essere. Cosí, la Costituzione russa edificò la sua potente impresa sul primato del volere, dal quale essa si attende e spera di poter creare una realtà che non esiste. Da ciò deriva, nonostante tutta la grandezza e il merito ammirevoli dell'impresa russa, l'abisso tra la Costituzione reale dello Stato rurale russo e la Costituzione volontaristica dei suoi governanti politici, un abisso per il quale certo esiste un perfetto correlato dall'altra parte, nelle Costituzioni tradizionali delle potenze dell'occidente capitalistico; qui, infatti, all'idea della democrazia nazionale, con cui un tempo sono sorte queste Costituzioni, si oppone la realtà del capitalismo internazionale, il quale ha ridotto queste Costituzioni a rocche storiche dalle quali già da decenni la realtà è fuoriuscita.

I padri della Costituzione di Weimar avevano tutto questo davanti agli occhi, allorché — sotto la piú violenta pressione politica esterna, nell'estate del 1919 — prepararono la nuova Costituzione della Germania. Essi consideravano le vecchie Costituzioni democratiche dell'occidente — per il fatto di aver dovuto subire, quasi un secolo piú a lungo degli altri Stati, un governo semias-

solutistico — come il giusto compenso, che non intendevano assolutamente lasciarsi sfuggire, dato alla loro perseveranza. Su ciò fu assolutamente d'accordo la grande maggioranza dell'assemblea nazionale weimariana, dai socialisti maggioritari fino al nazional-liberale di un tempo Stresemann. Tuttavia, molti cervelli, e proprio i piú acuti della maggioranza di questa assemblea, tra i quali è da menzionare al primo posto Friedrich Naumann *, sapevano che il tempo era troppo progredito perché si potesse procurare al nuovo Stato una base duratura con la mera assunzione dei vecchi princípi democratici e parlamentari. Friedrich Naumann ha spiegato chiaramente che la seconda parte della Costituzione weimeriana, in cui essa consapevolmente procede oltre vecchie Costituzioni borghesi, è un'impresa concorrenziale rispetto alla Costituzione russa; che i « diritti e doveri fondamentali dei tedeschi » rappresentano il contraltare dei « diritti del popolo lavoratore e sfruttato ».

Non è questo il luogo per polemizzare su cose che sono state decise in modo per il momento irrevocabile. È perciò inutile affrontare la questione se alla struttura economica della Germania del 1919 non si addicesse una Costituzione nettamente socialista. Noi sappiamo che a una Costituzione siffatta si è opposta l'insufficiente struttura di coscienza soggettiva di ampi strati del proletariato tedesco, costituendo un ostacolo maggiore dell'opposizione esterna delle potenze borghesi dell'*Intesa*, opposizione che un'altra generazione di capi socialisti, diversa da quella allora influente, avrebbe forse potuto vincere.

Ma siamo, tuttavia, legittimati e obbligati a chiederci cosa sia derivato dal tentativo di unificazione di princípi costituzionali democratico-borghesi con princípi socialistico-collettivistici. Secondo l'opinione del soggetto costituente di allora, quella congiunzione doveva corrispondere al livello dell'attuale struttura sociale nonché della struttura di coscienza della maggioranza della popolazione tedesca. Cosí, nei diritti costituzionali weimeriani si è tentato di unificare il non-unificabile. Il sussistente ordine sociale e spirituale delle classi fino a quel punto dominanti trovò la propria pacifica dimora accanto alle pretese della classe operaia. I dibattiti costituzionali non fanno certo comprendere se si era generalmente consapevoli di quale straordinario vantaggio abbia colui che si è visto garantito in anticipo il suo stato patrimoniale sociale, di fronte a quello cui vengono testimoniati solo il riconoscimento e la legitti-

* Friedrich Naumann (1860-1919) giurista e costituzionalista liberale; due delle sue opere piú famose sono *Demokratie und Kaisertum* e *Der Kaiser im Volksstaat*, rispettivamente del 1900 e del 1917; è l'ispiratore della seconda parte della Costituzione weimariana, quella cioè relativa ai ' valori '.

mazione morali delle sue pretese. Qui, vennero riconosciuti proprietà privata e socializzazione, la libertà d'insegnamento e i privilegi ecclesiastici, ammissione dei ceti piú vasti alle cariche funzionariali e generosa garanzia dei sussistenti monopolii accademici del funzionariato, la protezione del ceto medio autonomo e contemporaneamente le grandi organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro. Noi non sappiamo in che misura sia in genere esistita la possibilità della cooperazione di tutte queste forze. L'epoca di transizione dal capitalismo al socialismo è, in linea di massima, un'epoca priva di Costituzione, la cui Costituzione consiste nell'ottenere se stessa con la lotta. Ma anche in un'epoca siffatta e sulla base di una provvisoria « Comunità d'emergenza » — come la Germania l'ha di fatto rappresentata negli anni seguenti il patto di Versailles — una tale condizione di convivenza di princípi opposti sarebbe stata attuabile solo a condizione che si fosse posto mano, con chiara volontà per quanto era politicamente possibile e necessario, alla realizzazione di quello che si voleva rinnovato. Ciò non ebbe luogo, e cosí i diritti costituzionali si trasformarono in un serbatoio di possibilità che nessuna volontà contribuí a realizzare. La realtà dei diritti costituzionali, però, non modificò il loro aspetto borghese.

Cosí, la Costituzione di Weimar, che voleva diventare un elemento di mediazione tra Ovest ed Est, tra borghesia e socialismo, si è presto ricondotta al tipo di Costituzione democratico-borghese. Fattori esteriori non potrebbero apportare alcun mutamento a questo fatto. Ma, da ciò dobbiamo ricavare la lezione. Infatti, noi allora stavamo per cadere, come i russi, nell'errore opposto. Essi hanno sopravvalutato il significato della volontà come fattore capace di formare una Costituzione, ma noi allora, a Weimar, l'abbiamo sottovalutato. Abbiamo certo visto in quale direzione va lo sviluppo, sia quello politico che quello economico: tuttavia, abbiamo dimenticato che mai una Costituzione sorge dal tramonto dell'antico conforme all'epoca, come una fenice dalla cenere. Se noi oggi, nel decennale della Costituzione di Weimar, vediamo come tutto ciò che in essa ci parve buono e bello è a poco a poco finito nel nulla, allora dobbiamo trarne l'insegnamento che soltanto la nostra volontà è ciò che crea lo spazio per la Costituzione della realtà socialista.

Realtà costituzionale e futuro politico della classe operaia (1929)

> Cosí, le attuali Costituzioni giuridiche sono solo Costituzioni di emergenza, le migliori adesso possibili, solo stadi provvisori. In questi non si deve restare e ciò non avverrà.
>
> J. G. Fichte, *Dottrina dello Stato*

Quando la Francia liquidò il regno assoluto di Luigi XVI e introdusse il governo costituzionale, lo fece mediante la Costituzione del 1791. Dopo che « il monte » ebbe vinto sulla *Montagne*, la democrazia radicale su quella costituzionale, la Francia si diede una nuova Costituzione. La differenza tra queste due Costituzioni, che si seguirono a cosí breve distanza, era minore della differenza tra il *Programma di Erfurt* e il *Programma di Heidelberg* del Partito socialdemocratico *, per quanto il *Programma di Heidelberg* si sforzasse consapevolmente di porsi in continuità col *Programma di Erfurt,* mentre il partito del monte, giunto nel 1793 al potere, tenne a sottolineare quanto vi era di fondamentalmente nuovo e di diverso nella sua Costituzione rispetto a quella dei suoi nemici politici del 1791. Il segreto del successo della Costituzione del 1793 è consistito nel fatto che essa non fu data allo scopo di testimoniare la realtà di un breve ed effimero periodo di dominazione politica, bensí che essa fu espressione di una volontà molto determinata, ancor piú anzi: espressione dell'autovincolazione del volere. Quella volontà radicalmente democratica propria della Costituzione della Convenzione del 1793, fu quella che pervase le truppe cenciose della Francia e rese loro possibile non solo di contrapporsi all'azione comune della reazione, ma, al di là di

* Il programma di Erfurt fu approvato dalla SPD nel 1891 e quello di Heidelberg nel 1925.

ciò, di condurre — in impetuoso corso vittorioso — il loro spirito e la loro forza ben oltre i confini del loro paese.

Quando sorse la Costituzione weimeriana, un sistema era analogamente in precedenza crollato, ma già era profonda e significativa la differenza esteriore rispetto alla descritta situazione francese. Questo non era affatto un paese pacifico, nel quale l'eroica popolazione della capitale osasse una rivoluzione che da decenni solo spiritualmente ma non fisicamente era preparata; qui c'era una massa di stanchi soldati di un paese vinto e sfruttato fino al midollo da una guerra di annientamento durata quattro anni. Con un gesto grave e stanco della mano essi invitarono un ordine di dominio marcio e corresponsabile della generale miseria a dimettersi. Si consultarono con gruppi che ritenevano non responsabili della sventura generale: questi offrirono loro idee su come le cose dovessero essere riformate. Tuttavia, essi non fecero domande sul contenuto delle idee, bensí assunsero le piú comode, quelle che con maggior attendibilità ed efficacia promettevano loro pace, ordine e pane. E credettero di trovare tutto ciò nel modo piú facile presso i socialdemocratici di maggioranza.

Allorché i socialdemocratici maggioritari dovettero realizzare le loro promesse, la borghesia era gia nuovamente uscita dalle sue tane e concluse una pace ragionevole con coloro che la fiducia della massa aveva designato. Quando venne il momento di dare a quella situazione una forma stabile, si pattuí una Costituzione i cui latori furono i socialdemocratici di maggioranza, i democratici e il Centro (*Zentrum*). Sull'oggi si era giunti ad un'intesa, il domani era molto lontano e la minacciosa atmosfera di Versailles molto vicina. Cosí la democrazia tedesca sorse come unità momentanea degli sconfitti. Questa congiuntura della necessità di protezione e difesa in politica estera, dunque, produsse la volontà indispensabile per la creazione di una Costituzione. Per il resto, però, tutto rimase non chiaro. Mentre le Costituzioni della rivoluzione francese, cosí come la Costituzione russa dei soviet del 1918 gridarono ufficialmente al mondo i loro princípi, ottenendo cosí entrambe grandi risultati propagandistici, la Costituzione weimariana non aveva alcun principio che, andando al di là della volontà di autoconservazione della nazione, avesse formato in maniera duratura il popolo in una comunità politica del volere. Il suo destino e nel contempo il suo limite fu quello di essere solo una tappa nella contrapposizione spirituale tra l'*ethos* delle Costituzioni rivoluzionarie francesi — con il loro triplice annuncio della libertà capitalistica di guadagno, dell'uguaglianza astratta degli uomini e della fraternità celestiale — e quell'incondizionato smascheramento del mondo borghese nel sistema costituzionale russo-sovietico.

A qualcosa di spiritualmente nuovo, nonostante i lodevoli sforzi di Friedrich Naumann e Hugo Sinzheimer *, quello stadio non pervenne. E sulla Costituzione s'infranse per la prima volta internamente la « Comunità d'emergenza » dei partiti costituenti. La società borghese, le cui capacità organizzative erano state appena dolorosamente dimostrate ai tedeschi nella guerra mondiale, era ancora potente nella maggior parte dei paesi del mondo, e le forme democratiche, di cui essa si serviva con successo all'interno e all'esterno, non potevano ingannare riguardo al loro specifico carattere. Tuttavia, le idee del socialismo, i cui seguaci si erano fatti strada per la sconfitta dei logori sistemi costituzionali dell'Europa centrale, premevano alla realizzazione o quantomeno al riconoscimento. Di ciò doveva tener conto la Costituzione di Weimar. Essa doveva, senza che già fosse presa una definitiva decisione di potere riguardo al futuro assetto interno dello Stato, esprimere un giudizio sui princípi secondo i quali lo Stato dovea venir governato. Con ciò, ci si è, però, atteso da essa qualcosa che andava oltre i limiti di una Costituzione. Compito precipuo di una costituzione è notificare una decisione, una volta che questa sia presa, ed evidenziarla in tutto il suo significato. Se, però, una chiara decisione della volontà non è stata ancora presa, allora è ozioso far votare un collegio, a maggioranza dei due terzi, sulla direzione in cui questa decisione potrebbe compiersi. Ma proprio questo fece l'assemblea nazionale weimeriana. Poiché la costituzione di un popolo non può riguardare soltanto la volontà di affermazione all'esterno, deve esistere qualcosa per cui e in nome del quale ci si afferma. Poiché, però, all'epoca della creazione costituzionale weimariana non si era ancora deciso sui princípi interni che dovevano governare lo Stato tedesco — democrazia capitalistica o socialista — nell'opera di Weimar ci si accontentò di ideare un catalogo di quei princípi che potevano eventualmente formare la base del nuovo Stato. Si demandò, invece, al futuro la decisione su ciò che doveva diventare il principio realmente dominante.

Cosí, si attuò quel singolare catalogo di diritti costituzionali, che non ha uguale in tutta la storia costituzionale fino a noi. In esso, l'ordine sociale e spirituale vigente della classe fin qui egemone

* Hugo Sinzheimer (1875-1945) professore all'università di Francoforte, certamente il massimo giuslavorista weimariano; il suo contributo fu decisivo nella formulazione della strategia socialdemocratica imperniata sulla *Wirtschaftsdemokratie*. Coeditore con Gustav Radbruch della rivista « Die Justiz », alla sua scuola si formano Fraenkel, Neumann e Otto Kahn-Freund. Di recente è stato tradotto il suo importante saggio *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, in « Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni industriali », I, 1979, n. 2.

trovò il suo posto accanto alle richieste della classe operaia. I dibattiti costituzionali non lasciano certo conoscere se c'era una generale consapevolezza di quale incredibile vantaggio ebbe colui che si vide garantito il suo *status quo,* rispetto a chi ebbe attestati soltanto il riconoscimento e la giustificazione morale delle sue pretese. Qui furono riconosciute proprietà privata e socializzazione di imprese e proprietà fondiaria, la scolarità gratuita e i beni ecclesiastici, generale abilitazione agli impieghi e generosa garanzia degli esistenti monopoli dei funzionari, la tutela del ceto medio autonomo e nel contempo le grandi organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro. Questo bacino di raccolta di strutture costituzionali possibili corrispose ai rapporti politici di potere nella situazione congiunturale dell'estate del 1919. La decisione sulla costruzione interna dei rapporti tedeschi era stata fatta passare in seconda linea dietro la questione della sua affermazione esterna. Se ciò era necessario, non è piú da stabilire oggi; la Francia del 1793 e la Russia del 1917-19 sono pur sempre riuscite a dar risposta ad entrambi i problemi: sia alla affermazione esterna che anche alla conquista del dominio interno.

Anche al di fuori della Germania, la questione di quale posizione il socialismo dovesse occupare in futuro non aveva ancora trovato una risposta definitiva; cosí si lasciarono le vecchie cose come stavano, senza per questo voler ostacolare il nuovo. Non si pensò quasi al fatto che, da una parte, la conferma anche solo provvisoria del vecchio, cioè continuare a impiegare i vecchi detentori di cariche, doveva frenare l'instaurarsi del nuovo sistema, qualora vi si dovesse realmente arrivare, mentre, d'altra parte, questo era idoneo a facilitare esageratamente il ritorno dell'antico, come il periodo successivo dimostrò nel modo piú preciso. Del resto, la svolta decisiva non si fece attendere lungamente, anche se le tappe del suo manifestarsi all'esterno diventano chiare a molti soltanto oggi. Dal momento, individuato sintomaticamente all'incirca dalla totale disfatta della Russia nella guerra polacca avvenuta nella primavera del 1920 dopo alcune vittorie iniziali, la temporanea sconfitta del socialismo fu suggellata in tutto il mondo; quindi, per quell'avvenimento, mediante il quale si pose fine di colpo alle aspirazioni d'espansione in Occidente della Russia sovietica, la borghesia europea fu esonerata dalla necessità di celare il suo vero volto sotto una maschera sociale e democratica. Lentamente s'insediò la reazione, e oggi noi ci troviamo all'apice di essa. Ancora una volta, nello stesso periodo, alla forza unita della classe operaia tedesca riuscí di respingere il primo violento assalto della reazione compiu-

to nel *Putsch* di Kapp *; ma essa si trovava già allora sulla difensiva, e il suo disaccordo interno le impedí di trarre ulteriore profitto da quella vittoria.

Se il ceto borghese aveva fino a quel punto ritenuto suo compito mantenere provvisoriamente il suo *status quo*, cosa che anche gli riuscí, passò adesso a quel contrattacco che era tanto piú pericoloso in quanto si compí non piú nella tattica del *Putsch*, d'ora in poi riservata ai comunisti, bensí nella forma pacifica della collaborazione repubblicana o con la nascosta minaccia della rinascita nazionale. Cosí venne eliminata — con il grido di giubilo degli imprenditori — la giornata lavorativa di otto ore. In quel periodo mutò anche la posizione della normativa sui consigli d'azienda nella costruzione complessiva dell'economia sociale tedesca; l'esordio pieno di speranza di un'epoca di democratizzazione dell'economia, cosí come Hugo Sinzheimer lo salutò nell'assemblea nazionale di Weimar, divenne un mero strumento di resistenza della classe operaia, contro una politica da *Herr-im-Hause*, del tutto priva di riguardi, degli imprenditori. Inoltre, la Corte suprema del Reich, che concepí nel modo piú conseguente come compito ricco di prospettive il patrocinio e il ripristino del dominio borghese, diede all'articolo della Costituzione concernente l'esproprio — con il quale appunto ancora socialisti visionari speravano di scardinare legalmente lo Stato borghese — forma di baluardo del capitalismo privato, forte come mai si era avuto nella Germania imperiale —. E l'essenza costitutiva del nuovo Stato, da cui, almeno per ciò che riguardava le masse popolari, ci si era aspettati molto di buono, perpetuò, anziché lo spaccato reale della situazione di classe, il principio dell'articolazione confessionale.

Tuttavia, al socialismo, che nella fantasia dei suoi nemici dominava già la Costituzione, fu generosamente sgombrato dalla borghesia — anche dopo il ripristino della sua supremazia — il cammino verso la responsabilità sullo Stato: una responsabilità statuale la cui faccia positiva significava, in buon tedesco, partecipazione alla distribuzione clientelare delle cariche (*Ämterpatronage*). Il segretario era, già nel Reich di Bismarck, un signore invisibile; per

* Il *Putsch* fu tentato nel marzo 1920 sotto la guida di un vecchio burocrate prussiano, Wolfgang Kapp (1858-1922). I rivoltosi riuscirono, grazie alla benevola neutralità del generale von Seeckt e sotto la guida del generale Lüttwitz alla testa della brigata di marina Erhardt, a occupare per un paio di giorni Berlino e a nominare Kapp Reicheskanzler e Ministerpräsident della Prussia. Vale la pena ricordare che neppure Hitler riuscí a unificare i due titoli; egli infatti fu Reicheskanzler e Führer (la carica di Reichespräsident fu abolita alla morte di Hindenburg) mentre Göring fu preussischer Ministerpräsident. I rivoltosi furono respinti da uno sciopero generale che riportò il presidente Ebert nella capitale. Probabilmente il vero ispiratore del *Putsch* fu Ludendorff.

la durata del suo ufficio, scriveva e scrive ancor oggi in continuazione commentari ad ordinamenti che egli ha affidato alla carta; alla fine della sua carica, diventa sovrintendente o impiegato presso un privato. Il politico, che vive solo nella sfera del pubblico, crede di adoperarlo, e nella maggior parte dei casi viene utilizzato da lui. Fintanto che Bismarck fu al governo in Germania e perfino i ministri non furono di diritto e di fatto altro che suoi segretari, sussisté una conformità degli scopi; infatti era loro comune l'interesse al mantenimento dello *status quo*. Dopo la rivoluzione, i ministri-burocrati uscirono di scena e al loro posto subentrarono i parlamentari. Il ministro-burocrate aveva in alcuni casi ancora il vantaggio della cognizione di causa, di cui di regola è privo quello parlamentare. Il potere della burocrazia crebbe incredibilmente alla svelta, mentre il suo *leit motiv* spirituale rimase intatto; essa lo chiamò: conservazione della continuità della vita statale, in realtà si chiama: difesa della sua insostituibilità nello Stato borghese. L'ingresso di alcuni socialisti nelle schiere di quella burocrazia non ha cambiato nulla a questi dati di fatto; in parte essi ebbero fin dall'inizio una capacità pragmatica di adattamento, in parte questa capacità universalmente-umana presso di essi, sotto la pressione del loro ambiente d'ufficio, si sviluppò cosí rapidamente che oggi l'esperimento dell'integrazione del socialismo nell'apparato statale dal punto di vista della borghesia può essere considerato risolto. Per il socialismo questo risultato rimane insoddisfacente. Ciò ha nuovamente dimostrato che anche nello Stato democratico la conquista di un potere statale per via amministrativa non può essere ottenuta mediante quote di partecipazione a cariche. Solo la sostituzione, condotta in modo pianificato dal basso non dall'alto, di un corpo di funzionari vecchio con uno spiritualmente nuovo, dà a una politica la *chance* della sua affermazione, qualora questa dovesse volere realmente il socialismo.

Cosí, il volto della nuova Germania presenta per noi tratti scarsamente speranzosi, davanti ai quali ci si deve porre seriamente la domanda del perché grandi porzioni del ceto borghese tedesco rifiutino l'attuale situazione costituzionale e reclamino la dittatura borghese. Infatti, ogni risultato elettorale mostra loro sempre che non hanno da temere un mutamento delle condizioni a loro favorevoli, neppure per volontà di una delle parti piú grandi della popolazione. Ma vogliono il rivolgimento; infatti, manca loro la sensazione della sicurezza definitiva e dell'affidabilità per il momento estremo, decisivo. Certo, non è chiaro se cerchino di mutare in modo davvero essenziale il corpo sociale della Germania, se gli agitatori mantengano l'influenza che hanno oggi. Tuttavia, è decisiva non la misura di questa politica sociale, bensí il punto di vista da

cui essa viene condotta. E la politica sociale della dittatura borghese sarebbe determinata solo dagli interessi di una politica estera imperialistica, dei quali decadrebbe ad esecutrice in politica interna. Per essa non è importante che la socialdemocrazia possieda un programma militare statalista e che autorizza la guerra di difesa, poiché questo non dice ancora nulla su ciò che le masse del partito socialdemocratico sono disposte ad autorizzare nel singolo caso. Dunque, la dittatura borghese significa un mutamento, ma non nelle singole cose; è, come mostra il sistema di Mussolini, solo una unificazione e un dominio completamente affidabili di tutte le forze del paese, nel senso della politica borghese. La borghesia in Germania ruota oggi ancora attorno a questo dominio generale. Certo, la socialdemocrazia ha dimostrato in ogni singola richiesta una straordinaria accondiscenza nei confronti della borghesia; ma non è di questo che si tratta. La socialdemocrazia tedesca pratica un'attiva politica militare, ma essa non vuole affatto saperne della decisione definitiva su ciò a cui questa politica militare debba servire, e intende demandarla alla prossima generazione; la borghesia, però, lotta proprio perché questa decisione non venga rinviata, giacché conosce l'attuale generazione della socialdemocrazia e ha imparato a dominarla spiritualmente; la decisione della generazione futura resta invece oscura. La maggioranza del partito socialdemocratico vuole eludere una decisione politico-generale, come è per lo meno dal punto di vista della volontà dalla situazione spirituale e reale di oggi. Poiché ha la sensazione di non poter progredire, vuole perlomeno mantenere lo *status quo* — e se necessario perfino con lo strumento della dittatura. Tale elusione è impossibile, c'è solo un progredire o un retrocedere.

E noi dobbiamo innanzitutto conquistare questa consapevolezza che c'è un futuro; infatti, fino ad ora non abbiamo ancora imparato a sollevarci al di sopra dell'oggi. Come intorno al vitello d'oro, abbiamo danzato intorno alla mera fatticità, attorno a ciò che esiste qui ora, e siamo diventati quei politici realisti che con ogni frammento dell'effimero presente si precludono sempre piú disperatamente il futuro. Al giorno d'oggi ci si prende gioco dell'utopia solo perché essa asserisce qualcosa intorno al domani; finora non si è capito che non c'è confine alcuno fra oggi e domani. L'utopia di oggi è la realtà di domani. E la consapevolezza del fatto che in questa utopia di oggi è contenuto il domani, è la forza di attrazione dell'utopia. Cosí anche noi oggi siamo nuovamente, proprio come molti anni fa, all'inizio: dobbiamo nuovamente imparare a volere.

Quando, l'11 agosto, inizia la danza attorno alla Costituzione, quando ognuno dei suoi rappresentanti le mette in bocca i suoi

desideri e, pieno di gioiosa soddisfazione, asserisce che il suo desiderio si è adempiuto in essa, ognuno di questi oratori compie un atto di disonestà intellettuale. La Carta costituzionale rimane poi il libro delle possibilità; essa non poteva decidere sulla realtà, poiché chi conosce tutte le possibilità non ha piú la volontà verso il reale. Ma noi dobbiamo pensare al futuro. Quando le gioie estive della coalizione saranno spente e sopraggiungerà nel paese l'aspro autunno, dovrà trovarci pronti per il grande domani, che in questi anni possiamo acquisire oppure perdere irreparabilmente.

Analisi di una Costituzione
Weimar - E poi?
(1930)

> E in verità in ogni tempo la costituzione giuridica è puramente un *prodotto* della rivoluzione. Mentre la rivoluzione è l'atto politico creativo della storia delle classi, la legislazione rappresenta la continuità della vegetazione politica della società. Giacché il lavoro di riforma legale non vive di impulsi propri, indipendenti dalla rivoluzione, bensí si muove, in ogni periodo storico, solo nella direzione e per il tempo corrispondenti alla spinta che gli è stata impressa dall'ultima rivoluzione o, per parlare concretamente, solo nel *quadro* di quell'assetto della società che è stato posto in essere dalla piú recente rivoluzione. Proprio questo è il nocciolo della questione.
>
> Rosa Luxemburg, *Riforma sociale o rivoluzione?*

La nascita della Repubblica

Nel Reich di Bismarck il popolo era governato da principi coalizzati con burocrazie coalizzate. La Prussia, incarnata nella monarchia degli Hohenzollern, assunse l'egemonia politica e costituzionale. Dominio della monarchia Hohenzollern, però, significava dominio della nobiltà e dell'esercizio ad essa strettamente legato, che ebbe la fortuna di vedere la sua posizione tradizionale, retaggio dell'epoca precapitalistica, ricevere nuovo senso e scopo, grazie alle tendenze alla politica di potenza della Germania moderna con la sua numerosa ma politicamente impotente popolazione proletaria.

Accanto a questo fondamento della vita costituzionale tedesca, si fece sensibile, diventando sempre piú forte verso la fine del secolo, l'influenza di singoli gruppi industriali, senza però che essa in questa azione, del tutto incontrollabile da parte dell'opinione pubblica, avesse

raggiunto una stabilità pari a quella della nobiltà e della burocrazia. Di fatto a partire dalla fine dell'agosto 1916 non esisteva piú un governo, al suo posto era subentrata la dittatura militare del generale Ludendorff *. Il suo antagonista era la maggioranza del Reichstag composta dai partiti della socialdemocrazia maggioritaria, dal Centro, dal Partito popolare progressista d'impronta naumanniana e dall'ala sinistra dei nazional-liberali. Ma essa era contemporaneamente anche sua prigioniera. Infatti, tutti quei gruppi si erano dichiarati pronti a stipulare con i poteri dominanti una tregua, con la quale i rappresentanti eletti della maggioranza del popolo tedesco rinunciarono all'unica possibilità di far valere decisivamente la loro volontà. Anche il Partito socialdemocratico tedesco aderí a quella tregua. Dimenticando l'insegnamento dell'epoca rivoluzionaria francese, soprattutto dell'anno 1793, secondo il quale proprio le epoche di miseria estrema possono essere epoche di rinnovamento politico.

Ma, mentre gli operai dei paesi dell'Intesa, per la loro disponibilità alla guerra al servizio dei governi capitalistici, ricevettero, oltre ad un aumento nominale del salario, perlomeno anche una rappresentanza nominale nei governi (il ministro per le munizioni Thomas, oggi presidente dell'Ufficio internazionale del lavoro a Ginevra), in Germania ci si limitò all'aumento nominale del salario. Il dittatore Ludendorff sbarrava la strada che quanto meno Bethmann Hollweg avrebbe volentieri lasciato aperta. Quando il 6 luglio 1917, il capo spirituale di quella maggioranza parlamentare, il deputato Erzberger *, lesse, in nome di questa, la risoluzione di pace, quella tregua parlamentare non era piú un patto bilaterale, ma era diventata un *diktat* del generale dittatore. Il desiderio di una pace negoziata, sostenuto dalla maggioranza del Reichstag in accordo con gli elettori del Centro e della socialdemocrazia, si infranse nella lotta fra il Reichstag e il generale da cui uscí vittorioso quest'ultimo. Il dominio di Ludendorff fu un interludio, non certo sanzionato costituzionalmente ma pazientemente sostenuto dalla borghesia e dalla nobiltà, tra la monarchia degli Hohenzollern e la democrazia parlamentare. La monarchia nel suo antico significato sociale e politico non era stata abbattuta da un sollevamento popolare, venne eliminata dalla presa del potere del generale Ludendorff.

* Erich Ludendorff (1865-1937) capo di stato maggiore dell'esercito tedesco e tipico rappresentante della casta militare prussiana alla quale si appoggiò Hindenburg.

* Matthias Erzberger (1875-1921), politico cattolico, ministro senza portafoglio per le questioni relative all'armistizio, fu oggetto di una campagna di odio da parte della destra che lo accusava di fare eccessive concessioni ai francesi. Fu assassinato da due ex ufficiali di marina.

Anche pensando ad un esito felice dell'avventura di Ludendorff, la via per la restaurazione della monarchia, cosí come era esistita fino al 1916, sarebbe stata preclusa dall'influenza dell'industria pesante che conferiva al dominio di Ludendorff la sua impronta politica [1].

Allorché il vecchio sistema politico e militare mitteleuropeo era crollato e il dittatore era stato sconfitto, egli stesso nominò suo erede ancora il suo vecchio antagonista, la maggioranza del Reichstag socialdemocratico-borghese. Da ciò derivò la necessità di mutare la Costituzione di Bismarck in modo tale che essa corrispondesse alla nuova condizione di dominio della maggioranza parlamentare. Con l'introduzione delle norme secondo le quali il cancelliere doveva avere la fiducia del Reichstag per la conduzione del suo ufficio, fu creato in linea di principio il sistema parlamentare. Questo mutamento della Costituzione, che significava una trasformazione dell'intero sistema costituzionale, avvenne per via legale con l'approvazione del monarca, che già dal 1916 aveva perso qualsiasi significato. Fu formato un governo secondo princípi parlamentari con la partecipazione della socialdemocrazia maggioritaria [2], il primo governo di coalizione. Quando poi, nel novembre del 1918, la rivoluzione si diffuse da Kiel in Germania e abrogò la Costituzione trasformata, corrispondente alla volontà della maggioranza del Reichstag, questa rivoluzione poteva avere un doppio senso. O non era altro che una reazione delle masse, che credevano di doversi finalmente liberare dal peso che le opprimeva e non avevano ancora capito che la liquidazione del vecchio sistema era sanzionata da quella trasformazione della Costituzione e che la pace, qualsiasi fosse la forma che avrebbe assunto, era imminente. In questo caso, la reazione delle masse doveva dirigersi principalmente contro gli statisti insignificanti, i sovrani degli Stati confederati, e inoltre politicamente poteva al massimo avere effetto come un tentativo elementare nella direzione dello Stato unitario. Oppure invece, per le masse in rivolta la democratizzazione della Costituzione non era sufficiente ed esse miravano ad una immediata realizzazione del socialismo. Il corso dello sviluppo ha mostrato che fin nelle file della

[1] Per questa parte l'autore è debitore di preziose nozioni al libro di A. Rosenberg *Die Entstehung der deutschen Republik*, Berlin 1928 [trad. it., Firenze 1947].

[2] È estremamente interessante il fatto che l'attuale ministro della Giustizia Bredt, in un articolo nei « Preussiche Jahrbücher », abbia espresso l'opinione che, secondo il corso degli avvenimenti negli ultimi dieci anni, alla rivoluzione in realtà non spettava, a lunga scadenza, alcuna funzione storica. La condizione della Costituzione oggi praticamente dominante è, a suo avviso quella dell'ottobre 1918, quella della Costituzione bismarckiana trasformata.

socialdemocrazia indipendente, le masse con la rivoluzione non miravano ad altro se non all'abbattimento delle dinastie e che per il resto le loro rivendicazioni erano certo fortemente connotate socialmente, ma non abbandonavano per lo piú l'ambito della democrazia borghese. I loro fini erano cosí poco unitari che fu possibile agli influssi burocratico-particolaristici, che continuavano ad esistere infatti anche dopo la caduta delle dinastie, portare sotto la propria influenza il movimento rivoluzionario. La richiesta dello Stato unitario che certamente era interna alla linea di sviluppo dei tentativi di razionalizzazione capitalistico-borghesi, per questi motivi era già condannata al fallimento [3]. Cosí, di fronte alla mancata partecipazione delle vaste masse popolari, può rimanere assolutamente aperta la questione se la continuazione della rivoluzione tedesca a cui aspiravano Rosa Luxemberg e Karl Liebknecht, nelle condizioni date, sarebbe stata ricca di prospettive. Dall'altra parte, è certamente sicuro che con i metodi di lotta contro quei gruppi rivoluzionari, il potere armato, sotto la direzione degli ufficiali imperiali, ottenne allora un'influenza che in seguito fu usata spesso

[3] Quando Friedrich Meinecke, nel suo libro sull'idea della ragione di Stato (*Die Idee der Staaträson*, München e Berlin 1924), scrive che tragicomico fu l'effetto della ragion di Stato, quando Kurt Eisner s'infilò nell'involucro allora vuoto dell'idea dello Stato bavarese, questa asserzione non dovrebbe riguardare proprio Kurt Eisner. Infatti, lui e il suo collaboratore Gustav Landauer non volevano esercitare il mestiere del governo; la loro politica cercava di aiutare il sorgere di un mondo di idee federalistiche che non aveva nulla a che fare con la 'ragione di Stato' del vecchio particolarismo. Le osservazioni di Meinecke possono invece esser vere per la maggior parte degli avversari socialisti di Eisner, della Germania del nord e del sud-ovest. [Il riferimento di Meinecke è alla insurrezione capeggiata da Eisner che portò alla proclamazione l'8 novembre 1918 della Repubblica bavarese e al rovesciamento di Ludwig III. Il giorno successivo Scheidemann annunciò a Berlino la nascita della Repubblica tedesca. Il passo suona esattamente cosí: « Il 9 novembre 1918 la scintilla della ragion di Stato sprizzò dalla monarchia alla repubblica ». E in nota: « A questo potere di comando della ragion di Stato tedesca si piegò anche allora con grande decisione Hindenburg. Gli avvenimenti durante e dopo la rivoluzione potrebbero in generale servire come alta scuola per lo studio della ragion di Stato. Tragicomico fu il loro effetto, allorché Kurt Eisner si infilò nell'involucro (Gehäuse), allora vuoto, dell'idea di Stato bavarese. La Baviera è con la Prussia la sola regione in cui ancora esiste la vulcanica vita di una ragion di Stato particolare. Come poi gli stessi compagni di partito socialisti, allorché divennero ministri prussiani, cominciarono a pensare secondo la ragion di Stato prussiana e secondo quella del Reich se divennero ministri del Reich, fu parimenti altamente istruttivo ». Traduzione italiana leggermente modificata. *N.d.C.*] La frase che Remmele, compiaciuto, cita nel suo libro sulla rivoluzione del Baden: « Il battaglione segue la recluta della leva Remmele », contrassegna quel genere di rivoluzione che, sia secondo i suoi effetti come pure per impostazione spirituale, fu soltanto un « cambiamento di *élites* ».

per la repressione dell'intera classe operaia, o della cui esistenza perlomeno ci si serví contro di essa. Del resto, però, da altri, già prima che fosse deciso il destino definitivo della rivoluzione, erano stati allacciati dei legami che dovevano diventare d'estrema importanza per la nascita della Costituzione di Weimar. Nell'ottobre 1918, sotto la direzione di Hugo Stinnes da una parte e di Karl Legien dall'altra, le associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori si incontrarono in riunioni dalle quali il 15 novembre 1918 risultò un accordo per la cui attuazione fu fondata una 'comunità di lavoro' centrale (*ZAG*) *. Significativo e caratteristico per il rapporto tra potere economico e potere politico nella rivoluzione del 1918, fu il fatto che la definizione programmatica del ruolo futuro dei sindacati da parte del consiglio dei deputati nell'*Appello al popolo tedesco* del 12 novembre 1918 fosse semplicemente il risultato di quell'accordo Stinnes-Legien. In tal modo i sindacati ottennero la loro futura posizione nel processo economico e la garanzia dei loro nuovi diritti solo formalmente tramite un atto delle forze rivoluzionarie, in realtà però grazie a un'intesa con le associazioni dei datori di lavoro. Tramite questo accordo i sindacati affermarono certo che da allora in poi volevano essere fattori alla pari e con uguali diritti nella vita economica, e gli imprenditori si videro costretti ad accettare questa richiesta. D'altra parte però, quest'intesa poteva avere sensatamente efficacia solo in una forma statale che garantisse eguaglianza a capitale e lavoro, cosa per la quale in uno Stato socialista non vi sarebbe stato spazio. Con ciò venne anticipato il destino della futura Costituzione, sul quale gli organismi politicamente decisivi, il consiglio dei deputati e i consigli degli operai e i consigli militari, non erano ancora giunti ad una chiara visione. Secondo una determinata valutazione dei rapporti politici ed economici, che coincideva con le idee della maggioranza della popolazione tedesca, e che non è nostro compito analizzare nella sua giustezza storica, le associazioni dei lavoratori imboccarono allora la via della collaborazione con gli imprenditori. Ma cosí come la vera fondazione della nostra attuale condizione costituzionale data a partire da quell'epoca, cosí con questa data ebbe anche inizio una strenua lotta tra le parti contraenti. Infatti, mentre gli imprenditori considerarono questo accordo come il massimo delle loro concessioni — e restringerle il piú possibile divenne lo scopo della loro

* La comunità di lavoro centrale (*Zentralarbeitsgemeinschaft*) nacque dopo il compromesso del 15 novembre 1918 tra sindacati e imprenditori come « il luogo istituzionale dove si concretizza e si sviluppa la 'comunità di lavoro' cioè la collaborazoine di classe » sulla base del riconoscimento reciproco delle due controparti e della loro autonomia di fronte allo Stato. Cfr. Rusconi, *op. cit.*, p. 24.

politica — i sindacati vedevano nelle nuove conquiste solo un inizio pacifico e privo di rischi per l'ulteriore perseguimento della loro meta socialista.

Con la modifica della vecchia Costituzione nell'ottobre 1918 venne segnata la via politica che sarebbe stata percorsa nel futuro. L'accordo Stinnes-Legien del novembre 1918 dimostrò la volontà degli ambienti sindacali, determinanti nel movimento operaio, — nonostante il mutamento dei rapporti politici — di continuare sulla via aperta con il mutamento costituzionale dell'ottobre 1918.

La decisione formale di affidare la sorte futura della Germania ad una assemblea nazionale risultante da elezioni generali, fu lasciata alla Conferenza dei consigli operai e militari svoltasi a Berlino dal 16 al 19 dicembre. Il 19 gennaio 1919 si svolsero le elezioni per l'assemblea nazionale. Con la legge da essa promulgata sul potere provvisorio del Reich (*vorläufige Reichsgewalt*) del 10 febbraio 1919 alla rivoluzione venne posta la chiave di volta costituzionale e la via per la Costituzione di Weimar era libera.

Democrazia e dittatura

Germania, Francia, Inghilterra e Stati Uniti d'America sono, come ancora altri Stati del mondo piú o meno importanti, Stati democratici secondo il diritto costituzionale scritto, oppure non scritto come nel caso dell'Inghilterra.

Quanti piú Stati si riconoscono nella forma statale democratica e, come in modo particolare gli Stati Uniti d'America, usano richiamarsi in ogni singola loro azione politica a princípi democratici, tanto piú la democrazia corre il pericolo di venir privata di ogni reale significato e di degradarsi a forma sotto la quale si celano i princípi politici piú contrapposti. Il carattere illimitato e perciò la crescente mancanza di significato del concetto di democrazia, si mostra chiaramente nel fatto che in genere gli Stati sopra citati vengono definiti come democrazie soltanto perché in essi è concesso al maggior numero possibile di cittadini il diritto di voto (R. Thoma). Questa interpretazione del concetto di democrazia appare dubbia, poco adeguata e storicamente errata. Secondo essa, è incomprensibile il punto di vista di Jean Jacques Rousseau, il quale giunse alla conclusione che la democrazia è una istituzione cosí perfetta da esser valida solo per gli dei, non per gli uomini.

Dal 1919, in moltissimi paesi è stato introdotto il suffragio universale, senza che per questo qualcuno fosse indotto a credere che tale stato avesse perciò qualcosa a che fare con la « perfezione ». E sembra che lo scetticismo di Rousseau nei confronti

delle possibilità di realizzazione della democrazia conceda ad essa un piú adeguato apprezzamento che non la disponibilità di quanti credono che l'eliminazione di tutti i limiti del diritto elettorale significhi la realizzazione della democrazia.

Dal XIX secolo, il problema decisivo della democrazia è diventata la democrazia sociale. Nei primi decenni di questo secolo, la questione dell'unità e libertà nazionali non solo era indissolubilmente legata alla democrazia, ma entrambe funzionavano reciprocamente da battistrada.

In Germania e Italia, i due paesi allora non erano ancora uniti in nazione, la democrazia fece il proprio ingresso appunto in nome dell'unità nazionale. Ben presto, però, si dovette constatare che quella democrazia, che nel contenuto non aveva alcun principio se non l'unità nazionale di un popolo politicamente libero, non poteva essere l'ultimo e definitivo stadio, della democrazia. I ceti proletari, con i sacrifici dei quali furono conquistate la libertà e l'unità nazionali, ben presto dovettero accorgersi di aver soltanto cambiato padrone. Essi volevano conquistare oltre la democrazia nazionale, la democrazia sociale. I nemici dei lavoratori compresero prestissimo la particolare dialettica insita nella natura della democrazia che conduce a ciò che piú teme il borghese: la scomparsa anche della semplice possibilità di una condizione di tranquillità politica. Infatti, questa può tornare solo se l'idea fondamentale e peculiare di ogni democrazia è adempiuta, se cioè ogni piú piccola parte dell'influenza nominale è divenuta anche potere reale.

Da questo punto di vista, comprendiamo il commosso lamento di Guizot, tipico rappresentante della borghesia francese degli anni Quaranta del secolo scorso, quando, pieno di paura di fronte alla democrazia sociale, parla di quella eco dell'antico grido di guerra sociale che ai suoi giorni si leva e riecheggia in tutte le classi della società. Karl Marx fu colui che allora svelò la vera natura dello Stato democratico nell'epoca del dominio della borghesia, con una formulazione che si riferiva certo direttamente alla Costituzione francese del 23 ottobre 1848, ma che in realtà è ancor valida per la Costituzione del Reich dell'11 agosto 1919:

La generale contraddizione di questa Costituzione, però, consiste in ciò: pone le classi di cui deve eternare la schiavitú sociale, proletariato, contadini, piccola borghesia, nel possesso della forza politica tramite il suffragio universale. E alla classe, di cui sanziona l'antico potere sociale, alla borghesia, sottrae le garanzie politiche di questo potere. Essa ne costringe il dominio politico in condizioni democratiche, che in ogni momento fanno trionfare le classi nemiche e pongono in questione i fondamenti stessi della società borghese. Dalle une esige che non pro-

grediscano dall'emancipazione politica a quella sociale, dall'altra che non retrocedano dalla restaurazione sociale a quella politica.

A questa « generale contraddizione » di cui parla Marx, sono sottoposte completamente o in parte, le Costituzioni oggi in vigore. O per esse non vi è alcun problema della democrazia sociale, come ad esempio per la Costituzione degli Stati Uniti e per le Costituzioni nel secolo scorso, oppure esse considerano certo la democrazia sociale come compito, come la Costituzione tedesca e austriaca del dopoguerra, ma non aiutano a sufficienza i loro princípi ad imporsi.

Aver ridestato la distinzione tra democrazia politica e sociale, presente a tutti i grandi pensatori politici dell'ultimo secolo, e averla mostrata in tutta la sua incisività per la nostra vita politica attuale, è merito di Max Adler nella sua opera del 1922 su *La concezione dello Stato nel marxismo*: « democrazia politica » è un caratteristico raddoppiamento. Secondo il senso della parola, democrazia significa dominio politico del popolo (piú precisamente: dominio del popolo nella Polis, nell'antico Stato-città). L'abbinamento della parola ' politico ' con ' democrazia ' pone l'accento sul fatto che qui dev'essere inteso il dominio solo politico del popolo e non dev'essere detto nulla riguardo ai rapporti di potere economico che nel XX secolo sono diventati quelli piú determinanti. La distinzione tra democrazia sociale e politica non è assolutamente arbitraria, come le è rimproverato dai suoi oppositori in campo socialdemocratico con la motivazione che non si potrebbe mai distinguere dove finisca la democrazia politica e dove inizi la democrazia sociale. Proprio lo sviluppo politico-costituzionale della Germania negli ultimi tempi dimostra che questa distinzione non è un'oziosa teoria, ma che solo con il suo aiuto si può riconoscere precisamente il tipo di Costituzione attuale.

Solo se si considera l'omogeneità sociale, che rappresenta il principio della concreta comunità di valore (*Wertgemeinschaft*) della democrazia ai nostri tempi, è comprensibile il principio maggioritario [4]. Soltanto in una comunità la cui struttura sociale è socialista, la decisione a maggioranza non significa violenza dei vincitori; qui *decisione maggioritaria* significa soltanto l'uso di un mezzo sperimentato per eliminare controversie sulla realizzazione tecnicamente migliore di tutti i princípi comuni. Quanto minore è l'unanimità che regna sulle premesse e sui princípi sociali della comunità, in tanto maggior misura l'uso del principio maggioritario, esercitato

[4] Anche qui si rimanda nuovamente alle ricerche di M. Adler in *Politische oder soziale Demokratie*, cit., cap. 10.

senza mezzi termini, diventa tecnica di sopraffazione e la volontà generale un fantasma.

Se il principio maggioritario nella democrazia politica viene usato per impedire l'adempimento delle richieste sociali dei lavoratori, come oggi quasi ovunque si verifica, allora queste democrazie, nonostante tutte le mascherature, nascondono in se stesse un considerevole *quanto* di dittatura borghese. Infatti, l'essenza della dittatura borghese consiste nel mantenimento, con tutti i mezzi a disposizione, della posizione di predominio economico della borghesia. Il punto nodale in cui la dittatura proletaria si differenzia da quella borghese, è che quella non serve per il mantenimento di un ordine sociale già esistente, bensí per la realizzazione di un nuovo ordine sociale. Quest'idea della dittatura proletaria l'hanno avuta in mente tutti i pensatori del proletariato, sia che la considerassero, come Karl Marx, da un punto di vista economico-tecnico sia che, come ad esempio Max Adler, da un punto di vista politico. Sul carattere sovversivo e rivoluzionario della dittatura proletaria essi erano e sono d'accordo. Un chiaro esempio della differenza tra dittatura borghese e proletaria lo offre l'Italia fascista. Se nel suo stadio iniziale il fascismo ha potuto dare, tramite i suoi molteplici elementi di sindacalismo, l'impressione di poter appartenere alla serie di dittature del proletariato allorché voleva introdurre una trasformazione fondamentale di tutte le condizioni sociali e politiche, tuttavia nel corso degli anni è divenuto sempre piú manifesto che si tratta di una dittatura della borghesia tesa a mantenere l'ordinamento sociale esistente [5]. L'articolo 48 della Costituzione del Reich dovrebbe rappresentare l'eccezione alla regola della democrazia. Le classi dominanti, in una democrazia socialmente non omogenea, spesso non sono in grado di produrre per via democratica una formazione unitaria della volontà. Per questo sono costrette di tanto in tanto ad eliminare la rappresentanza democratica e a raggiungere con lo strumento della dittatura quello che la volontà di gran parte del popolo impedisce di ottenere per via legale. A seconda della situazione data, la democrazia si trasforma completamente in una dittatura permanente (dittatura sovrana [6] come in Italia), oppure essa ristabilisce nuo-

[5] Il carattere fondamentale borghese della dittatura italiana non è in contraddizione col fatto che il fascismo ha tentato con successo di far credere a se stesso e ad altri di rappresentare un rinnovamento totale dello *status* politico generale del popolo italiano. L'ideologia politica di un sistema dev'essere rigidamente separata dalla reale forma d'apparizione di questo. Ogni sistema politico, se vuole mantenersi al potere, deve vedere in se stesso la realizzazione di qualcosa di politicamente nuovo. Che il repubblicanesimo ufficiale tedesco non possa neppure far questo, lo dimostra la debolezza della sua posizione.

[6] Per il fondamento teorico vedi il lavoro di C. Schmitt *Die Diktatur*, cit.

vamente la democrazia dopo aver fatto violenza all'opposizione (Sassonia, Turingia, 1923 *). Soltanto una volta nel mondo moderno si è verificato che le premesse della democrazia si dimostrassero contemporaneamente premesse della dittatura. La Comune di Parigi del 1871 è esempio del fatto che una popolazione muovendo da condizioni politiche e sociali pressapoco uguali, esercitava in un caso straordinario una dittatura senza che con questo fossero stati abbandonati i princípi della democrazia. Se però si prescinde da quest'unico caso, il rapporto tra democrazia e dittatura finora non è stato come lo presentano volentieri i politici borghesi della Costituzione. Poiché la democrazia fino ad oggi è stata sempre solo una democrazia politica, l'istituto costituzionale dello stato d'emergenza (dittatura commissaria) in essa ha adempiuto per lo piú al solo scopo di integrare nuovamente il proletariato in modo violento nello Stato esistente, nella misura in cui era possibile ridurlo al silenzio con i mezzi regolamentari del parlamentarismo. A tal riguardo si deve menzionare il fatto che il frequente uso dell'articolo 48 negli anni del dopoguerra in parte è anche da mettere nel conto della difettosa coscienza parlamentare dei partiti borghesi, che fin troppo volentieri si ritenevano ancora solo critici irresponsabili dell'operato di una burocrazia sottratta alla loro influenza. Solo in un lento processo di repubblicanizzazione la borghesia tedesca ha capito che le spettava, da ora in poi, una parte decisiva nel dominio politico.

Il punto in cui la democrazia politica della borghesia si rovescia nella dittatura borghese, non è assolutamente determinabile. Visto che ogni democrazia borghese porta per forza in sé un elemento di dittatura, spesso è solo questione di opportunità se un regime si maschera esteriormente come democratico o dittatoriale. E anche

Anche Max Adler ha seguito questa terminologia nel suo *Staatsauffassung des Marxismus*, Wien 1922 [trad. it. *La concezione dello Stato nel marxismo*, Bari 1979].

* A metà ottobre 1923 (governo Stresemann) in Turingia e in Sassonia, regioni nelle quali già nel 1921 si erano verificati sanguinosi moti insurrezionali, si formarono, grazie all'alleanza tra comunisti e socialdemocratici di sinistra, governi di coalizione di sinistra. Probabilmente si trattò dell'esito estremo di quella spinta rivoluzionaria che nell'estate del 1923 aveva toccato il suo apice: « Non c'è mai stato nella storia della Germania moderna un movimento cosí propizio a una rivoluzione socialista come nell'estate del 1923 » (A. Rosemberg, *Storia della Repubblica di Weimar*, Firenze 1972, p. 143). Ma a seguito di un incredibile tatticismo della KPD che mentre ad Amburgo scatenava una farsesca insurrezione, in Turingia e Sassonia voleva che fosse la SPD a prendersi la responsabilità di indire la rivoluzione, i governi di questi due Länder, senza che nessuno muovesse un dito in loro sostegno, furono liquidati con il ricorso da parte di Ebert, allora Reichespräsident, all'articolo 48 della Costituzione (vedi *infra*, p. 156).

nei paesi nei quali, grazie all'esistenza di un movimento dei lavoratori ben organizzato, al dominio della classe borghese nella democrazia sono stati posti determinati limiti, il dominio della classe economicamente potente si è imposto quantomeno nelle grandi direttive della politica estera, della politica economica e militare. Questo predominio economico del capitalismo rappresenta lo sfondo comune di tutta la politica borghese. Come Mussolini dovette nominare ministro delle Finanze un dirigente di banca *, cosí anche il governo di coalizione tedesco del 1929 nominò quali esperti per la conferenza di Parigi accanto al presidente della Banca del Reich, Schacht, già in sé rappresentante degli interessi dell'economia privata, membri dirigenti del *Reichsverband der deutschen Industrie*, sebbene questi esperti dovessero di fatto decidere sugli oneri che per la gran parte toccava al proletariato tedesco sopportare. Cosí, la problematica di ogni dominio borghese, qualunque sia la forma politica in cui venga esercitato, è per questo unitaria, in quanto i ceti borghesi lottano ovunque per il mantenimento del sistema capitalistico. Se democrazia politica, dittatura temporanea (commissaria) in conformità all'articolo 48 della Costituzione, oppure dittatura permanente con sospensione della Costituzione, è, per vastissime cerchie della borghesia — e a ragione dal suo punto di vista — una questione di opportunità, che è da decidersi in quest'unica prospettica: che cosa al meglio serve al mantenimento dello *status quo* economico?

Una considerazione socialista della Costituzione, deve invece valutare tutti gli istituti costituzionali, anche la democrazia e la dittatura, nel caso concreto secondo la domanda: in che modo questi istituti mutano la condizione della classe lavoratrice? Infatti forme statali o di governo non sono mai buone o cattive in sé. Ogni classe deve decidere per sé, sotto la propria responsabilità, se in concreto l'una o l'altra forma sia per essa buona o cattiva.

Il sistema elettorale

In Germania si moltiplicano le voci che non sono soddisfatte dell'attuale sistema elettorale. Esse gli rimproverano d'essere inorganico e incapace di rispecchiare correttamente la volontà della popolazione. Ritengono di vedere in ogni nuova elezione non una decisione politica del popolo tedesco, ma il monotono volto di uniformi macchine di partito. La personalità del deputato deve essere sacrificata alla moderna smania quantitativa; al posto di

* È difficile stabilire se l'autore si riferisca al conte Volpi di Misurata, ministro dal 1925 al 1928, o al sen. Antonio Mosconi, che restò in carica fino al luglio 1932.

una rappresentanza delle idee è subentrata la rappresentanza di interessi. Riconosciamo ai critici del sistema elettorale vigente tutti i dati di fatto sui quali poggia la loro critica, e tuttavia difendiamo questo sistema elettorale, del quale reputiamo che essi disconoscano del tutto il senso e il significato. Mai nella storia, e neppure oggi, scopo di un sistema elettorale è stato quello di trasformare a partire da sé le condizioni sociali e le loro forme politiche. Non è l'arma tecnica del sistema elettorale quella che trasforma la Costituzione politica o sociale. Creativi atti politici che poggiano su sovvertimenti sociali trasformano le condizioni della società umana. Nessuno dei molti sistemi elettorali possibili è stato mai imposto dai rispettivi detentori del potere per togliere terreno a un ordinamento sociale esistente; tutti sono stati introdotti con la cosciente intenzione di mantenere un ordinamento sociale dato [7].

Quando nel 1791 la Francia introdusse il sistema elettorale che collegava il diritto di voto a determinate condizioni patrimoniali, questa restrizione aveva uno scopo politico. Doveva servire a mantenere il potere ai ceti borghesi possidenti che dopo la caduta della monarchia assoluta facevano parte del governo della Francia, e doveva servire a rendere impossibile l'attività politica a grandi parti della popolazione piú povera, soprattutto della radicale Parigi. Nel 1793, proprio con l'aiuto di quella popolazione parigina alla quale poco prima si era negato il diritto di voto, giunsero al potere uomini a torto screditati come 'governo del terrore'. Questi non ebbero nulla di piú urgente da fare se non eliminare tutte le qualificazioni di censo e dare a tutti i cittadini il diritto di voto. Dopo la loro caduta venne nuovamente introdotto il sistema elettorale censitario, per garantire il potere acquisito nuovamente ai ceti abbienti e, nel senso della borghesia, piú avveduti. Il sistema elettorale censitario, per il quale la borghesia della prima metà del XIX secolo nutriva un cosí grande affetto e che è stato in vigore in Prussia fino al 1918 come sistema elettorale per ordini (*Drei-Klassen-Wahlrecht*), fu un mezzo per tenere lontana la classe operaia dall'influsso politico che le spettava. Da questi esempi risulta che ogni sistema elettorale può essere misurato solo in rapporto allo scopo che con esso si vuol raggiungere; nessun sistema elettorale è in sé buono o cattivo, giusto o falso; la sua idoneità si stabilisce, fintantoché nel mondo vi siano opposizioni sociali, soltanto a seconda dello scopo politico di volta in volta con esso perseguito.

[7] Nel Reich di Bismarck « l'astuzia dell'idea » tornò a profitto del proletariato. Il suffragio universale, introdotto come arma conservatrice di governo contro il particolarismo e la borghesia 'del possesso' divenne parata di propaganda del proletariato divenuto autonomo.

Solo da questo punto di vista è comprensibile il sistema elettorale della Russia bolscevica. Se esso esclude grandi strati della popolazione russa dal diritto di voto e se le elezioni si svolgono indirettamente o gradualmente, inoltre nella maggior parte dei casi pubblicamente e sotto la sorveglianza dell'apparato statale, a questo metodo elettorale non è certamente insito il senso di stabilire esattamente quale opinione del bolscevismo abbia la popolazione russa, particolarmente il contadino della pianura. A tale scopo questo sistema è inadatto. Lo stesso vale per il diritto elettorale dell'Italia fascista. Qui, di recente, a partire dalla legge elettorale del maggio 1928, la lista dei candidati è composta dal Gran Consiglio del Partito fascista su proposte delle singole organizzazioni fasciste, e agli elettori non rimane altro da fare che eleggere candidati di quest'unica lista ufficiale o votare no, oppure astenersi dal voto. L'elezione, in entrambi i paesi, non è altro che un segno di consenso, non impegnativo per i governanti, o un segnale d'allarme. È solo uno dei molti mezzi con cui chi è al potere cerca di ottenere il favore delle masse. La pubblicità delle elezioni, a prescindere dal terrore sui convincimenti che regolarmente ad essa è connessa, rappresenta una possibilità di legame dei ceti dominanti con le vaste masse popolari. In tal modo, il sistema elettorale della Russia e dell'Italia non ha assolutamente lo scopo d'essere la base delle decisioni politiche; il suo valore specificamente politico consiste soltanto nel tentativo di integrare le vaste masse popolari nel sistema di dominio vigente, senza per questo dover garantire loro influenza.

Rispetto a ciò, i sistemi elettorali dei paesi democratico-parlamentari hanno un'altra rilevanza. In Inghilterra, Francia e Stati Uniti è il risultato elettorale stesso a determinare quali gruppi di partiti debbano di volta in volta andare al potere. In ciò, però, è decisivo che le differenze tra i partiti fino al periodo piú recente sono state determinate meno da un carattere oggettivo che appunto dalla partecipazione a quel gioco elettorale (favoritismo delle cariche *Ämterpatronage*). Allorché l'epoca liberal-borghese con la Costituzione di Weimar volse al tramonto, il suffragio bismarckiano fu seppellito e fu creato un sistema di voto proporzionale legato a liste, determinato dall'arbitrio dei partiti. Questo sistema è espressione del fatto che l'idillica epoca della borghesia è finita. Il proletariato marcia con uguali diritti sulla via di lotta della democrazia. Il suffragio per liste, che contemporaneamente viene adottato, ha provocato una chiara trasformazione del senso e dello scopo inerenti finora al suffragio negli stati parlamentari democratici. Il sistema di voto tedesco ha alcune somiglianze con quello bolscevico e fascista in quanto anch'esso non possiede alcuna influenza deter-

minante sul corso degli avvenimenti politici. Le esperienze del dopo guerra hanno insegnato persuasivamente al proletariato tedesco che anche un numero molto alto di mandati non significa potere politico determinante, e che il vecchio sogno del 51 per cento di maggioranza, alla fine, si svela per ciò che è sempre stato, un gioco grettamente meccanico. Dall'altro lato, il sistema elettorale tedesco condivide con quello francese e anglosassone la loro libertà e universalità. Il senso del sistema elettorale proporzionale vigente da noi è quello di rispecchiare con precisione matematica gli schieramenti di classe, senza che il relativo accertamento possa venir pienamente valutato politicamente. Quell'anonimità del suffragio, che si personifica nel principio di lista e nella norma delle grandi circoscrizioni, e che oggi rappresenta per molte cerchie il bersaglio principale per i loro attacchi, è soltanto la conseguenza del fatto che nello Stato attuale il diritto di voto è dominato dalla disputa delle contrapposizioni di classe.

Il *Professorenparlament* tedesco del XIX secolo, nel quale i dotti discutevano di questioni statali, e decidevano degli altri, è irrecuperabilmente passato. Non potrebbe ritornare neppure con una riduzione dei collegi elettorali e con una maggiore libertà dell'elettore nella scelta del deputato. I Parlamenti non sono i luoghi in cui i dotti della nazione si intrattengono su questioni di cultura. I Parlamentari sono luoghi dello svolgimento della lotta di classe, e i partiti [8], che al di fuori si combattono l'un l'altro come rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori, sono anche i portavoce nominati nel Parlamento.

Questi fatti verrebbero soltanto occultati, ma non trasformati da riforme; è piú onesto che ogni elettore sappia quali interessi di classe rappresenta il suo deputato, piuttosto che le singole grandi personalità locali, che una riforma elettorale forse porterebbe in Parlamento, vengano conquistate, escludendo l'opinione pubblica e in tal modo i loro elettori, da ' interessi sociali ' (*Verbandsinteressen*) qualsiasi [9].

[8] Un capitolo particolare su *Partito e deputato* purtroppo è stato eliminato per necessità di spazio. La concezione della natura del partito, quale quella rappresentata generalmente dal social-liberale Radbruch, per un socialista, per il quale il marxismo non è certo una dommatica ma purtuttavia il metodo migliore dell'analisi della realtà, è insostenibile. Nella realtà dei partiti di classe non vi è alcun segreto cooperare dell'opposto. L'astuzia dell'idea, che può trasformare istituzioni, ha spazio solo nell'ambito del necessario storico.

[9] Una trasformazione del diritto elettorale è necessaria solo in riferimento alle liste del Reich e a quelle regionali; queste debbono essere eliminate e le eccedenze risultanti vanno suddivise nelle singole circoscrizioni. Infatti, l'attuale lista del Reich, per il solo fatto di esistere, significa una garanzia legale

Dobbiamo accontentarci di sapere che il suffragio universale in sé non può prendere, nello Stato democratico, alcuna decisione politica che non sia avviata dalla volontà dei singoli gruppi. Anche il piú libero sistema elettorale può solo sostenere una volontà politica esistente, il cui grado d'intensità è chiaramente osservabile nei risultati elettorali. Il suffragio universale e uguale non rimpiazza la volontà politica del proletariato; la presuppone, se mai esso debba avere un senso per i lavoratori.

Il Parlamento

È il Parlamento, secondo la concezione tradizionale dei paesi occidentali, ad incaricarsi della realizzazione della democrazia, o della sua conversione nella prassi statale. La Costituzione di Weimar ha complessivamente seguito questa tradizione e ha perciò respinto tutte le proposte che allora furono presentate dalla USPD nell'assemblea nazionale sulla scorta delle esperienze della rivoluzione russa.

Il potere che il testo della Costituzione conferisce al Parlamento paragonato con gli altri fattori statali ai quali è costituzionalmente attribuito un diritto di influenza politica, è grande. Oltre che al presidente del Reich, la cui posizione dovrà essere trattata in modo particolare, la Costituzione conferisce in primo luogo al Consiglio del Reich una certa continua influenza politica. Il suo carattere di rappresentante dei piú diversi interessi regionali, però, lo fa diventare un antagonista del Reichstag da prendersi sul serio solo se si tratta delle garanzie di interessi finanziari e amministrativi dei Länder. Di fronte a decisioni politiche determinate del Reichstag che non siano attinenti a quest'ambito, il Consiglio del Reich finora non ha mai prodotto alcuna difficoltà, né lo farà in seguito, specie se si considera il ruolo difensivo in cui oggi i Länder vengono sempre piú spinti.

Ulteriormente dev'essere considerato, quale potere costituzionale che può contrastare le decisioni del Reichstag o darvi una diversa direzione, il popolo. L'espressione 'popolo' viene qui intesa nel senso in cui la intendono le disposizioni della Costituzione del Reich riguardo alla legislazione nazionale. Queste disposizioni teoricamente violano il dominio del Parlamento e conseguentemente esse erano contenute nel progetto costituzionale, sotto questo aspetto strettamente liberale, di Hugo Preuss solo in quanto ser-

della burocrazia di partito, e di tali elementi burocratici riceve non solo lo stretto necessario bensí quello che c'è al momento.

vivano al superamento di diversità d'opinioni fra supreme istanze del Reich. Le disposizioni oramai diventate Costituzione danno al popolo come tale, senza bisogno di consultarsi con il Parlamento dei partiti, la possibilità di respingere le leggi decise dal Reichstag oppure di chiedere e ottenere nuove leggi. Tuttavia il popolo, vale a dire tutta la popolazione con diritto di voto che abita uno Stato, può rispondere alle questioni formulate postegli soltanto con un sí o un no. Il popolo, dunque, è dipendente dal tipo di formulazione della domanda postagli dall'autorità o da un gruppo d'interesse. A ciò si aggiunge il fatto che nella prassi si sono prodotte fonti di errori sostanziali in rapporto allo svolgimento costruttivo di questa materia costituzionale. Secondo l'idea dominante, premessa per il successo del referendum è la partecipazione della metà di tutti gli aventi diritto al voto. Perciò, in pratica, la decisione è resa dipendente dal numero di quelli che rimangono a casa. Mentre, nelle elezioni, questa parte della popolazione resta ignorata, in questo caso essa, come mostra l'esperienza, è decisiva contro i richiedenti (« esproprio del principe » *Fürstenenteignung*).

Inoltre, si aggiunge il fatto che il governo, richiamandosi alle disposizioni della Costituzione del Reich, che riserva solo al presidente il referendum su leggi tributarie e piani economici, può negare il *placet* a quasi tutte le iniziative popolari. Ciò che era un reale istituto costituzionale è diventato qui un mezzo di propaganda che né obbliga colui che lo usa, né preoccupa colui contro il quale è diretto.

La scarsa resistenza che il Parlamento riscontra in altri fattori, che secondo il diritto costituzionale scritto sono determinanti, evidentemente concede ampio spazio d'azione alla sua attività. Le grandi possibilità giuridico-costituzionali che il Parlamento possiede hanno dato luogo a discussioni sul suo ruolo di direzione politica e sul vicendevole rapporto tra *leader* politico e Parlamento. Da parte socialista, un esempio particolarmente tipico di questo è lo scritto di Geyer *Führer und Masse in der Demokratie* *. Per lo piú, tali discussioni devono la loro nascita all'ignoranza del mutamento di significato che il Parlamento ha subíto a partire dell'inizio del XIX secolo fino ai nostri giorni. All'inizio del secolo scorso, ' dominio del Parlamento ' era la parola d'ordine della borghesia liberale, con la quale essa lottava contro la monarchia semifeudale e con la quale giunse al potere. La borghesia tedesca idealizzò questo periodo storico che trovò espressione in particolare nella Francia degli anni Quaranta del secolo scorso, realisticamente raffigurata da Karl Marx in *Lotte di classe in Francia*. Di tutta questa gloria

* Christian Karl Ludwig Geyer (1862-1929), teologo evangelico.

della borghesia in Germania non rimase che il breve sogno del 1848. In Germania, sogno e speranza della borghesia colta si rapportavano in realtà alla fase intermedia che era subentrata in Francia e Inghilterra allorché la posizione di potere della monarchia feudale era stata di fatto eliminata e il proletariato si trovava appena agli inizi della sua ascesa politica. Il dominio dei ceti di ' possesso e cultura ', esercitato dal Parlamento di quel tempo, era il fondamento del ruolo dirigente del Parlamento, alla cui inviolabilità provvide il suffragio censitario. Quel dominio venne esercitato in parte tramite le stesse frazioni parlamentari, in parte sotto forma del ' sistema del primo ministro ' inglese ancor oggi da noi cosí ammirato.

Il significato del Parlamento nel Reich unificato dell'epoca bismarckiana e post-bismarckiana era basato su di un sentimento di solidarietà costruito in senso essenzialmente negativo, e negativo era anche il suo diritto praticamente piú importante, il diritto d'approvazione del bilancio, che rappresentava la fonte gelosamente protetta del suo significato politico [10]. L'unità del Parlamento fu comunque il fronte comune di coloro che non erano soddisfatti del sistema dominante. Questa unità si ruppe nel momento in cui scomparve l'avversario comune, la monarchia semifeudale, e finalmente, con quasi mezzo secolo di ritardo, fu raggiunto il potere cosí ardentemente agognato. Con l'unità del Parlamento terminò anche il suo potere. L'interpretazione tardo-liberale sulla scia di Max Weber tralascia quel fondamento reale del sistema parlamentare del XIX secolo e considera questo sistema solo come mezzo per la selezione dei capi. Nel far questo, dimentica che la selezione dei capi è una funzione piú tecnica, che poteva essere esercitata dal Parlamento soltanto in quell'epoca in cui vi era una unità di classe della borghesia. Quel parlamentarismo del XIX secolo, nello Stato di classe dualistico del XX secolo ha perso il suo principio vitale. La tecnica della selezione dei capi ha luogo, oramai al di fuori del Parlamento, all'interno delle singole organizzazioni di classe, e il Parlamento è solo il luogo pubblico, visibile da lontano, in cui

[10] Oggi, il diritto di approvazione del bilancio, che nel Parlamento dal 1870 fino allo scoppio della guerra, giocò un ruolo cosí importante, non ha piú un grande significato, nonostante tutte le dichiarazioni contrarie che si sentono attualmente. Poiché la maggioranza dei partiti che devono dare l'approvazione e il governo da controllare appartengono per lo piú agli stessi gruppi di interesse o perlomeno a gruppi in accordo, l'opposizione come minoranza non è in grado di esercitare un reale controllo. Il « parlamento autocosciente » di cui Hugo Heimann parla nel suo scritto *Der Reichshaushalt* (p. 27), appartiene pure a un'epoca storica passata, e la « prassi della quotidianità politica », con le sue ' attenzioni ' ha fortemente minato il diritto di approvazione del bilancio.

fanno la loro comparsa i capi scelti. Lí essi annunciano le richieste delle classi, che nella discussione parlamentare possono soltanto essere constatate, ma non esaminate nella loro giustezza.

Certamente la Costituzione di Weimar ha eliminato gli influssi economici, diretti, formalmente, dei singoli gruppi di interesse sul Parlamento. Ha anche preso le distanze dal tentativo di determinare costituzionalmente le sfere d'influenza di lavoro e capitale; e nel 1919 si sarebbe potuto trattare solo di determinare l'influsso dei lavoratori. Non ha potuto impedire che le forze economiche occupassero posizioni di potere politico secondo i loro rapporti di forza del momento. Impadronendosi, sotto forma di partiti politici, del Parlamento e, maneggiando certo la sua tecnica come mezzo semplificato e relativamente pacifico della lotta di classe nel caso che garantisse loro un vantaggio, i poteri economici non pensavano assolutamente a sottomettervisi se questa tecnica minacciava di volgersi contro di essi nella forma di decisioni maggioritarie.

I diritti fondamentali: il reale ambito di attività dello Stato

Nessuno ha apprezzato meglio e piú precisamente di Karl Marx il contrasto tra i diritti costituzionali nella loro forma tramandata dal XVIII secolo e il principio costituzionale democratico. In uno dei suoi scritti giovanili, *La sacra famiglia*, nel capitolo *Battaglia critica contro la rivoluzione francese*, egli mostrò l'ampia tensione esistente tra una coscienza dello Stato unitaria e democratica e i diritti costituzionali e umani liberali. Questa tensione era tanto piú significativa in quanto la rivoluzione borghese francese volle rendere questi diritti costituzionali e umani principio formativo interno del suo nuovo Stato antimonarchico. Lí Marx dice:

> Robespierre, Saint-Just e il loro partito fallirono perché scambiarono l'antica comunità realistico-democratica, che poggiava sul principio della reale schiavitú, con il moderno Stato rappresentativo spiritualistico-democratico, che poggia sulla schiavitú emancipata della società borghese. Che illusione colossale il dover riconoscere e sanzionare nei diritti umani la moderna società borghese, la società dell'industria, della generale concorrenza degli interessi privati tesi a piú libere mete, dell'anarchia, dell'individualità naturale e spirituale che si aliena da sé, e contemporaneamente voler annullare dietro singoli individui le espressioni vitali di questa società e contemporaneamente voler imitare secondo l'antica maniera l'intelletto politico di questa società.

I diritti costituzionali tramandati, in tutte le loro libertà, sono stati sin dall'inizio, per cosí dire, garanzie del singolo individuo

borghese di fronte al proprio Stato. Tuttavia, la solenne proclamazione della libertà, della proprietà, della sicurezza e del diritto di resistenza, ha acquistato importanza non per la ragione che qui furono pronunciati princípi che, già da molto prima, erano appartenuti nel loro contenuto essenziale al bagaglio spirituale del XVIII secolo che volgeva al tramonto; ma piuttosto, i diritti dell'uomo, in seguito assunti da tutte le Costituzioni rivoluzionarie francesi, hanno contribuito a conferire alla Francia di fronte agli occhi dei contemporanei quella grandezza morale e ad assicurarle quella efficacia propagandistica, che costituirono gran parte del successo della Francia rivoluzionaria. I diritti dell'uomo hanno avuto una parte non sottovalutabile nella fondazione dello Stato borghese francese. Una tale forza vincolante non l'hanno piú avuta nel corso del XIX secolo; allora, quando fu necessario conformarsi alle conquiste dello Stato borghese, si dimostrò che la loro forza non era tuttavia sufficiente a superare il loro contenuto essenziale, che era per principio sociale e non statale. Questa spaccatura sarebbe diventata ancora piú profonda se, nel XIX secolo con i suoi numerosi residui assolutistici, la borghesia non avesse fatto un uso deciso della funzione protettiva dei diritti costituzionali per il rafforzamento della sua posizione di classe.

Quando nel 1919 si dovette creare una Costituzione per la nuova repubblica tedesca, non fu presa in considerazione un'assunzione dei diritti costituzionali nella loro forma, tramandata; infatti di fronte alla forza che allora avevano i tentativi socialisti, *questi* diritti costituzionali non potevano bastare come principio costitutivo per il nuovo Stato. Il deputato Friedrich Naumann fu quello che, piú chiaramente di tutti i partecipanti ai dibattiti d'allora sulla Costituzione, riconobbe che la nuova creazione di diritto costituzionale, a meno che non volesse risolversi nella mancanza di significato, non poteva piú muoversi sulle vie dissestate del liberalismo. Naumann vedeva che in Russia era sorto un nuovo Stato che era deciso a favorire l'affermarsi dei princípi socialisti e che dava espressione, in modo propagandisticamente piú efficace, a questa volontà nei suoi diritti costituzionali, « diritti del popolo lavoratore e sfruttato ». Fu l'idea dello Stato sociale quella che Naumann contrappose all'individualismo dei princípi costituzionali liberali e alla volontà socialista dei lavoratori. Naumann presuppose nei rappresentanti del sistema economico capitalistico una totale capacità di avvedutezza e disponibilità all'autolimitazione da credere che essi si sarebbero integrati nella politica di uno Stato nazionale umanitario, anche se questo avesse accondisceso in larga misura alle richieste della classe operaia. I succinti titoli naumanniani come pure la formulazione definitiva dei princípi costituzionali sono sorti dalla

idea di dare all'attività statale una direzione di marcia, un programma vincolante. Essi definiscono il reale campo di attività dello Stato. La Costituzione risponde alla questione: come sono composti gli organi statali? Con la questione della loro sfera d'azione. In questo essa non cerca di dar risposta a questa domanda con i rigidi decaloghi di divieti, come le costituzioni statali liberali dell'Occidente, ma con norme positive. Lo Stato include in tal modo cultura ed economia nell'ambito dei suoi ordinamenti.

Tuttavia, sorge il problema se gli ambiti sui quali il legislatore costituzionale volle adottare norme a lunga scadenza fossero effettivamente a sua disposizione cosí come sarebbe stato certo necessario. Il processo di sviluppo, estremamente istruttivo, dei diritti costituzionali weimariani ha mostrato che questo non era assolutamente il caso. Si è verificato il fatto che là dove il legislatore voleva decidere in nome di tutto il popolo, altri si erano già installati nel nome di una parte del popolo, come la chiesa nella scuola o i funzionari nell'ambito piú peculiare dello Stato, l'amministrazione. Cosí, alla fine dei dibattiti costituzionali non rimase granché dell'originario vasto carattere dei diritti costituzionali nei quali l'idea dello Stato sociale di Naumann, che veniva incontro in larga misura alle tendenze dell'epoca, aveva avuto una forte influenza nonostante il rifiuto della sua formulazione esteriore. Nel frattempo, infatti, i singoli gruppi di interessi erano stati presi dal timore dell'insaziabilità del socialismo. Seguendo l'esempio dei governi regionali tedeschi, essi avevano richiesto l'assicurazione dei loro diritti regolarmente acquisiti, e cioè del loro ambito di interessi. Si tenne conto di tutte le pretese di assicurazione, anche di quelle del ceto medio autonomo nell'agricoltura, industria e commercio. E poiché tutti volevano essere assicurati, al socialismo, che a quanto pare avrebbe dominato la Costituzione, non rimase altro che lasciarsi assicurare anche lui. Il sistema weimariano dei diritti costituzionali, che spesso si definisce con inesattezza come compromesso, è composto da questa serie di sostegni. La definizione di compromesso può dar adito ad errori [11]. Comunemente, con il termine compromesso s'intende una soluzione risultante dalla concezione delle due parti e che per un certo periodo di tempo vuole regolare validamente, definitivamente e conclusivamente una determinata situazione di fatto. Una tale concessione non si è verificata nelle norme relative ai diritti fondamentali della Costituzione di Weimar. Lí si sono, piut-

[11] Come C. Schmitt fa nella sua *Verfassungslehre*, München-Leipzig 1928, si può definire questo stato di cose come « compromesso per formula dilatoria », ovvero un accordo dei partiti in lotta su una formula che rinvia la vera decisione. Per ragioni di chiarezza, preferirei non mettere insieme una tale circostanza con il concetto di compromesso.

posto, regolarmente allineate l'una accanto all'altra, abbellite da un prologo o articolo introduttivo tratto dal lessico dello Stato sociale di Naumann, differenti norme corrispondenti alle piú contrapposte prospettive sociali e culturali. In tal modo, i diritti fondamentali di Weimar nei loro punti decisivi non sono un compromesso, ma una singolare giustapposizione e riconoscimento, finora del tutto sconosciuti nella storia costituzionale, dei piú diversi sistemi di valore. Fra tutti gli svariati influssi che hanno contribuito alla nascita dei diritti fondamentali, maggior importanza hanno avuto quelli socialisti, liberal-capitalistici e quelli della chiesa, divenuti efficaci ad opera del cattolicesimo politico. Con ciò era fallito il piano di un programma sociale e culturale incarnato nei diritti fondamentali, chiaro e unificante tutto il popolo: un programma che, andando al di là di una mera formulazione, racchiudeva in sé la possibilità della realizzazione.

L'attuazione o meno della futura configurazione economica e culturale, fissata e contemporaneamente offerta nei diritti fondamentali, dipendeva dalla forza che i singoli gruppi d'interesse dimostravano nell'imporre il loro punto programmatico contenuto nei diritti fondamentali.

Il primo gruppo, intitolato *Il singolo*, racchiude per lo piú « l'eredità paleoliberale » della borghesia. Principalmente, si occupa della protezione del singolo di fronte agli interventi amministrativi dello Stato. Nel precedente Stato monarchico, contro cui si rivolgono queste formulazioni giuridico-borghesi, il cittadino come individuo singolo era senza protezione di fronte all'arbitrio di un apparato amministrativo assolutistico. L'apparato amministrativo borghese, incomparabilmente piú razionale in confronto a quello assolutistico, non ammette alcun particolare trattamento d'eccezione dei singoli. Inoltre, la controparte dell'assolutismo, il singolo cittadino minacciato e da proteggere, nell'epoca dei sindacati non esiste quasi piú, cosicché queste norme, nella misura in cui sono diventate ovvie, hanno perso importanza. Soltanto poche di queste formulazioni hanno un significato che va oltre quello della protezione del singolo cittadino dello Stato, come ad esempio la proposizione introduttiva il paragrafo costituzionale: « Tutti i tedeschi sono uguali dinnanzi alla legge ». Il cui significato però è piú che problematico. Storicamente, essa è sorta dal giustificato timore del cittadino di una ingiusta applicazione della legge e di un arbitrio amministrativo. Oggi, tuttavia, vi è un vivace dibattito sul fatto se ad essa non spetti il piú importante ruolo di servire come protezione contro una legislazione ingiusta, e di vincolare lo stesso corpo legislativo. Tale principio ha ricevuto questa interpretazione soprattutto nella giurisprudenza degli Stati Uniti. La loro Corte suprema,

con l'aiuto del principio dell'uguaglianza di tutti gli uomini di fronte alla legge, ha frenato per lungo tempo i primi passi verso una moderata legislazione sociale, dichiarando le leggi protettive dei lavoratori leggi contravvenenti la libertà dell'attività umana e anticostituzionali. Tanto l'antica interpretazione come la piú recente, che aumenta immensamente l'ambito d'applicazione del principio dell'uguaglianza di tutti i cittadini, sono soltanto fasi di passaggio assolutamente imperfette che non sono all'altezza del vero significato del principio. Se, secondo la piú recente concezione, sono verificabili le premesse di uguaglianza negli atti degli organi legislativi, allora c'è bisogno di controllori specifici, cosa per la quale si sono eletti i giudici presuntivamente indipendenti; e questi, già oggi, pretendono di avere il diritto di verificare la costituzionalità delle leggi. Al posto della soggettività del Parlamento con ciò si pone la soggettività di un corpo spiritualmente e socialmente molto meno esteso, quella di un collegio di giudici a cui viene cosí demandato un compito in realtà puramente politico. Infatti, un'astratta uguaglianza giuridicamente calcolabile non esiste; non è compito dei giudici valutare, secondo i propri princípi, gli altri princípi di uguaglianza storicamente determinati. Quel principio dell'uguaglianza di fronte alla legge in sé giustificato all'epoca della monarchia, che serviva a prevenire l'arbitrio, dovrà rappresentare una finzione, anzi qualcosa di peggio; uno strumento della reazione, finché dall'uguaglianza formale, politica dei diritti e delle possibilità, non si giunga alla uguaglianza sostanziale (e oggi ciò significa uguaglianza economica); finché la creazione di una base d'uguaglianza economica non abbia ricavato, da semplici possibilità legali di uguale grandezza, *chances* altrettanto grandi per la sua realizzazione. Oggi, questo principio serve solo a garantire l'esistente, e presso tutti i gruppi capitalistici di interesse gode di un crescente favore, viene usato come misura di sbarramento contro ogni trasformazione dello *status quo* economico e, sotto il pretesto della protezione dell'uguaglianza aiuta a sanzionare la piú grande inuguaglianza: l'attuale divisione dei beni. Nell'assunzione di questo antico principio costituzionale dell'uguaglianza davanti alla legge, si mostra quanto siano ambigue tali norme costituzionali apparentemente cosí chiare. In realtà, il principio dell'uguaglianza di fronte alla legge in diverse epoche ha tre diversi significati. Per l'epoca preliberale era prevenzione dell'arbitrio amministrativo, per l'epoca del capitalismo maturo è il garante dell'ordinamento sociale esistente, per l'epoca socialista servirà alla fondazione della base d'uguaglianza economica. Il reale significato del principio dell'uguaglianza di fronte alla legge

si chiarisce solo mostrando la sua funzione all'interno di un ordine sociale dato [12].

Straordinariamente problematico e tuttavia decisamente significativo per il destino dell'opera costituzionale weimariana è il tentativo di regolare la vita economica e la sua riuscita. Per ciò che riguarda la questione capitale: proprietà privata o economia collettivista?, la Costituzione di Weimar rimane fedele ai suoi metodi sopra descritti. Accanto a luoghi comuni che non vincolano nessuno e a cui nessuno si può richiamare, essa pone l'uno accanto all'altro sullo stesso piano i due possibili sistemi economici, il capitalismo che conserva la proprietà privata e il socialismo che presuppone proprietà collettiva. Essa garantisce certo la proprietà privata, ma prevede espressamente la sua trasformazione in proprietà collettiva. Sulla base del fatto che la giustapposizione dei sistemi economici si manifesta qui nella possibilità tecnica di trasformazione dell'uno nell'altro, è sorta l'opinione che l'articolo 153 della Costituzione del Reich non tenga fermo rigidamente il concetto di proprietà. Ciò risulterebbe dalla sua formulazione, che prevede già la possibilità di esproprio. Una tale idea può poggiare soltanto sulla non conoscenza delle norme sulla proprietà privata come si trovano in tutte le Costituzioni a partire dal 1789: infatti la Costituzione di Weimar, proprio da questo punto di vista, ha seguito strettamente i modelli tramandati delle Costituzioni borghesi. Tutte garantiscono la proprietà privata in forma piú o meno solenne, e tuttavia prevedono un esproprio come caso eccezionale che poggia sull'interesse pubblico per soddisfare una singola necessità concreta dietro un adeguato indennizzo. Questo esproprio tradizionale, secondo l'articolo 153, non abolisce la proprietà privata. Certo si può obbiettare che il comma 1 dell'articolo 153, anche se salvaguarda la proprietà privata, tuttavia con le parole « il suo contenuto e i suoi limiti risultano dalle leggi » conferisce mano libera al legislatore, in misura molto maggiore di quanto facciano le altre Costituzioni moderne europee, e delimita in modo incomparabilmente piú preciso che nei secoli precedenti l'ambito della proprietà. La scienza giuridica borghese, però, non ha condiviso questa idea, certo possibile e sicuramente appoggiata da una parte dei legislatori costituzionali, ma al contrario si è sforzata con successo di limitare an-

[12] L'articolo 134 rappresenta un particolare caso d'applicazione di questo principio: « Tutti i cittadini a norma di legge senza differenza contribuiscono a tutte le spese pubbliche in proporzione ai loro mezzi », che si trova nel capitolo sulla vita pubblica che qui non viene considerato piú dettagliatamente. La prassi poco socializzante della legislazione tributaria tedesca mostra quanto proprio questa delibera sia rimasta nell'ambito ristretto di un 'concetto di uguaglianza' da capitalismo maturo.

cor piú considerevolmente, rispetto alla situazione giuridica del XIX secolo il campo degli interventi statali senza indennizzo. Quanto l'articolo 153 abbia ricevuto, nella prassi costituzionale e amministrativa, la funzione esclusiva di tutela della proprietà, lo mostra la giurisdizione della Corte suprema del Reich. Essa ha conferito al concetto di esproprio un'estensione illimitata e cosí ha obbligato lo Stato al risarcimento per ogni intervento necessario nell'interesse del benessere pubblico. Proprio l'articolo 153, in collegamento con il principio qui già discusso dell'uguaglianza di fronte alla legge, diventa in tal modo il baluardo giuridico, dietro il quale si trincera l'ordinamento economico capitalistico. Gli articoli 155 e 156 contengono le possibilità della socializzazione e della concentrazione obbligatoria (*Zwangszusammenschluss*). Però, ogni misura di socializzazione è resa dalla Costituzione del Reich dipendente dall'altro possibile sistema economico, dal capitalismo fondato sulla proprietà privata dei mezzi di produzione, col fatto che le norme di esproprio trovano applicazione anche nella socializzazione; ogni provvedimento di socializzazione viene, dunque, trattato come se fosse un esproprio, e perciò necessita di un risarcimento corrispettivo. Il peso sempre presente dell'esistente, in questo caso della proprietà privata, viene ulteriormente rafforzata per il fatto che la Costituzione non decide in alcun modo sulla questione di quale sistema economico debba dominare, bensí prevede soltanto la possibilità di una socializzazione, la cui attuazione però viene affidata alle singole leggi da emanare in seguito. Questa regolamentazione, in collegamento con la clausola di risarcimento pensata in modo meramente economico-privato, ha perlomeno favorito il processo che condusse al fatto che non si giunse ad una socializzazione delle imprese. In materia di proprietà fondiaria e dei terreni sono state emanate leggi per la costruzione di *Siedlungen* e di case in cooperativa, per l'esecuzione delle norme di socializzazione previste dall'articolo 155 della Costituzione. Anche se queste leggi avrebbero dovuto essere applicate in modo piú deciso di quanto in realtà si verificò, tuttavia ciò non avrebbe cambiato nulla al fatto che qui già le norme della Costituzione falliscono nei punti decisivi e non hanno riconosciuto il vero avversario di ogni Stato democratico. Dall'epoca di Tiberio Gracco, attraverso la legge agraria, durante la rivoluzione francese fino a giungere ai giorni nostri, la questione della ripartizione del suolo è sempre stata in primo luogo una questione del limite massimo della proprietà terriera piú estesa. La Costituzione di Weimar non contempla per nulla questa questione e, anche in questo caso, prevede, anziché l'immediata suddivisione del terreno da parte della Costituzione stessa, soltanto la possibilità di atti individuali di esproprio per proprie-

tari di appezzamenti e per abitazioni. Perciò, essa aggrava non solo dal punto di vista economico la situazione dell'importante problema agrario, ma lascia anche al piú pericoloso nemico di ogni costituzione democratica, il grande proprietario fondiario, le basi economiche della sua posizione di potere che egli, finché ne sarà in possesso, userà per mantenere i contadini in posizione di dipendenza economica e politica. Lo sviluppo degli ultimi dieci anni ha deciso in modo chiaro e univoco a favore della proprietà privata dei mezzi di produzione; ha determinato quale delle norme economiche *possibili* secondo la Costituzione di Weimar dovrà essere la forma economica *reale* della nostra epoca.

Anche il ruolo del cosiddetto ' articolo sui consigli ' della Costituzione di Weimar è determinato dal fatto del pieno mantenimento del sistema economico capitalistico. Esso è il riflesso dell'accordo Stinnes-Legien del novembre 1918 e proclama che « lavoratori e impiegati sono chiamati a collaborare, in parità di diritti, con gli imprenditori alla regolamentazione delle condizioni salariali e lavorative, come pure all'intero sviluppo economico delle forze produttive ». Mentre, precedentemente, pochi articoli della Costituzione ponevano la scelta di principio fra socializzazione e proprietà privata, qui si tenta una composizione dei piú contraddittori princípi. Inoltre la provvisoria ' comunità di lavoro ' (*Arbeitsgemeinschaft*), che qui serviva come modello e che era costituita sulla base dell'esistente per il superamento comune di difficoltà esterne (liquidazione della guerra persa), è scambiata per una permanente comunità di lavoro. Questa, certamente, può basarsi solo sulla conformità di princípi sociali. Il corso dello sviluppo ha quindi fatto risultare anche da questo ' articolo sui consigli ' e dalla sua piú importante legge d'attuazione, la legge sui consigli d'azienda, quello che solo, secondo lo stato delle cose, da esse poteva risultare: un sistema di provvedimenti in tutela di lavoratori e impiegati che in realtà offre soltanto una compensazione di fronte al potere del datore di lavoro potentemente incrementato dalla concentrazione e razionalizzazione [13]. Queste norme non hanno ottenuto un piú ampio significato, come secondo la legge sui consigli d'azienda sarebbe stato loro possibile con l'influenza e il controllo delle imprese. Il rapporto oggi dominante di forma politica e potere economico ha tolto rilevanza politica anche all'attività del Consiglio economico del Reich. Esso era pensato come una rappresentanza, certo molto limitata nella sua sfera d'influenza, di tutti i gruppi d'interesse economico accanto alla rappresentanza puramente po-

[13] Cfr. l'articolo di E. Fraenkel per il decimo anniversario della legge sui consigli d'azienda, nel numero di febbraio di « Die Gesellschaft », 1930.

litica. Ma per il fatto che l'attuale Parlamento è soltanto la forma politica per la decisione dei contrasti economici, esso sottrae lo spazio all'attività del Consiglio economico del Reich, la quale è idealmente rivolta nella stessa direzione, ma che è di gran lunga piú debole dal punto di vista giuridico-costituzionale. Il progetto di legge sul definitivo Consiglio economico del Reich, che deve sostituire il Consiglio economico del Reich finora rimasto solo allo stadio provvisorio, tiene perfettamente conto di questi dati di fatto. Sposta l'attività principale del Consiglio economico dall'assemblea alle commissioni e introduce una speciale commissione d'inchiesta; sostituisce il numero dei membri, prima molto grande, con la possibilità di interpellanza da parte di membri competenti e non fissi e in tal modo dà a tutto l'istituto un'altra direzione. Dei tre ambiti d'attività che furono dati al nostro Consiglio economico del Reich analogamente al Consiglio economico instaurato in Francia nel 1925: analizzare, trovare soluzioni e consigliarne l'approvazione, l'istituzione di un ampio apparato di analisi dotato di poteri inquisitivi dovrebbe essere il piú importante; infatti, di cercare soluzioni e di ' consigliare ' la loro approvazione oggi si prendono già cura organi dotati di maggiore autorità per il potere delle loro relazioni.

In tal modo i diritti fondamentali del popolo tedesco, considerati nell'insieme, non hanno adempiuto alla funzione che spetta ai diritti fondamentali. Non sono, e per origine e contenuto non potevano essere, valori nel nome dei quali può essere unito il popolo tedesco[14]. Certo, però, essi con la loro vistosa ambiguità hanno accelerato in maniera notevole quella grave mancanza di capacità di decisione politica che caratterizza l'agonia della nostra attuale vita politica, e non hanno dato allo Stato democratico quel chiaro appoggio programmatico di cui esso e i suoi organi direttivi avrebbero piú che mai avuto bisogno.

Governo

Riguardo alla formazione e conduzione del governo, la Costituzione di Weimar non contiene alcuna prescrizione definitiva e assolutamente obbligatoria. Si possono distinguere, seguendo l'esposizione di Carl Schmitt, molti gruppi di norme che, senza escludersi a vicenda, danno una base giuridico-costituzionale alla formazione e conduzione del governo. Una volta, si tratta dell'influenza della maggioranza parlamentare, la cui fiducia in forma piú o meno ac-

[14] R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München 1928.

centuata è la base per l'esistenza di ogni governo; un'ulteriore influsso la Costituzione del Reich lo accorda al Cancelliere, facendogli determinare gli indirizzi della politica e concedendogli la presidenza unitamente al voto decisivo nel collegio dei ministri. Accanto a questa indicazione sulla possibilità di un ' sistema del primo ministro ', la Costituzione contiene direttamente e indirettamente accenni ad un ' sistema di gabinetto ' che poggia sulla collegialità politica dei ministri; in favore di ciò parla la deliberazione collegiale nel gabinetto [15], prescritta dalla Costituzione, efficaciemente completata da accordi di coalizione di gruppi di partiti che in realtà, da ora in poi, stabiliscono gli indirizzi della politica. In ultimo, è da citare la sfera di influenza costituzionale del presidente del Reich, che verrà trattata dettagliatamente nel prossimo paragrafo.

Nell'ambito della prassi politica, dalle numerose formazioni di governo degli ultimi anni si possono enucleare tre tipi fondamentali, ai quali può essere ricondotta la prassi in questo punto infinitamente ingegnosa:

1. formazione del governo tramite nomina di un non parlamentare, chiamato tecnico, alla carica di Cancelliere con inclusione di altri cosiddetti tecnici e di singoli politici di partito in qualità di uomini di collegamento fra questo governo ' sovrapartitico ' e i partiti, tipo Cuno 1923;
2. formazione del governo tramite salde intese di coalizione limitate a determinati ambiti di compiti, tipo Marx-Keudell 1927-28;
3. formazione del governo tramite il conferimento della carica di Cancelliere ad un dirigente di partito, con un legame piú o meno stretto ai gruppi di partito, senza intese finalizzate, tipo Müller 1928-30.

Questa suddivisione, per quanto riguarda la prassi della formazione del governo, ha carattere puramente orientativo [16]. In linea di principio, tutti questi casi soggiaciono ad *una* legalità che per lo piú determina già la formazione stessa del governo e comunque il tipo di esercizio del governo: essere essenzialmente riflesso di

[15] Questa deliberazione collegiale è stata trasgredita in un caso; il paragrafo 21 comma 3 dell'Ordinamento economico del Reich (*Reichshaushaltsordnung*) permette al ministro delle Finanze insieme col cancelliere di impedire l'inserimento di una spesa o di una annotazione nel bilancio di previsione, anche contro la maggioranza degli altri ministri.

[16] Paul Levi, in uno dei suoi piú ingegnosi articoli, *Wieder einmal eine Krise* (« Der Klassenkampf », n. 8, 1929), ha fatto notare che sarebbe necessario un vero e proprio dottorato di ricerca per poter esaminare le differenze tra questi diversi tipi di governi.

situazioni sociali esistenti. Da questo punto di vista, tutti i governi mostrano da lungo tempo una grande continuità. Cosí come la situazione politica generale negli anni 1918-1920 era determinata dalla sconfitta tedesca, oggi è essenzialmente determinata dal fatto che il sistema economico capitalistico in Europa ha temporaneamente respinto tutti i suoi avversari. Certamente, nel 1917-19 questi avversari erano numerosi, ma ad essi mancava la necessaria reciproca coesione ed erano limitati nella loro efficacia dalla loro concreta situazione nazionale di vittoria o sconfitta. Il sistema capitalistico tramite la sua autoconcentrazione e la riduzione dell'attività economica degli organismi pubblici nell'ultimo periodo ha notevolmente ingrandito la sua sfera d'influenza. Con l'unificazione dell'intera produzione e della sua direzione nelle mani di pochi dirigenti dell'economia, questi oggi determinano l'indirizzo della politica estera, commerciale ed economica, in modo tale che, non piú solo nel caso degli Stati Uniti, rimane poco chiaro se, ad esempio nelle trattative dei contratti commerciali e negli accordi doganali le parti contraenti siano gli Stati o gruppi di interessi capitalistici che rappresentano soltanto determinati interessi particolari per lo piú non coincidenti con gli interessi generali della popolazione di un paese. Inoltre, lo sviluppo politico della Germania ha comportato il fatto che il portatore del monopolio del potere fisico, l'esercito, rappresenta un fattore non sottovalutabile nel senso del mantenimento del sistema economico capitalistico. Dalla fondazione della Repubblica, il ministero delle forze armate è un cosiddetto ministero tecnico; con ciò lo si sottrasse ad ogni possibile influenza che potesse risultare da un mutamento di politica interna, e lo si pose una volta per tutte espressamente al servizio di un ordine borghese presupposto esistente, il quale fu rappresentato da tecnici incaricati di governo in governo. Di fronte a queste decisioni politico-generali, che i rapporti sociali vincolano a tempi lunghi, vi è ora la sfera che è riservata, rimanendo all'interno di questi limiti prestabiliti, al libero gioco delle forze politiche. In contrasto con la regola di funzionamento della ' sfera direttiva ' piú o meno rigidamente sottomessa all'ordine capitalistico dato, essa viene qui chiamata ' sfera di distribuzione '. Essa comprende la partecipazione della popolazione, in qualsiasi modo dipendente dal sistema economico capitalistico, al prodotto sociale, che si esprime in contratti, norme sull'assicurazione sociale, sulla disoccupazione e, sul problema dell'abitazione, per nominare solo le piú importanti. Qui fanno sentire il loro peso i rapporti di potere politico interno esistenti tra lavoratori e capitale, i quali sono dipendenti da parecchi fattori e per i quali le elezioni politiche rappresentano spesso soltanto un indicatore ingannevole.

Mentre all'interno della ' sfera direttiva ' il governo deve adattarsi con una maggiore o minore disponibilità all'autonomia dell'ordine economico capitalistico, nella ' sfera di distribuzione ' esso è diventato sempre piú una *Clearing-House*. Il suo compito è quello di conciliare i contrastanti desideri delle organizzazioni economiche rappresentate dalle loro associazioni centrali, tenendo conto dei rapporti di forza nel momento esistenti tra i singoli gruppi, in modo tale che non venga minacciata la linea di politica generale tracciata.

Nell'ultimo periodo, e in connessione con i molti e defatiganti tentativi di formazioni e rimpasti governativi, i rapporti tra governo e Parlamento sono stati esaminati con minuzia critica. La crisi che ha fatto sí che in Germania comunque, in confronto con la situazione in Francia, la complessa faccenda della formazione del governo sia da molti ritenuta matura per una liquidazione coatta, ha una ragione ben giustificata. Le ultime elezioni hanno fatto entrare in Parlamento i rappresentanti dei lavoratori in un numero tale che prometteva loro, secondo le leggi della meccanica politica, un'influenza determinante sulla formazione del governo, ma che non corrispondeva alla ripartizione del potere economico tra lavoratori e capitale, la quale si è sempre piú spostata a favore del capitale. Tutti i tentativi di introdurre un rinnovamento della vita politica della Germania tramite l'eliminazione del ' nocivo ' Parlamento con i suoi rigidi princípi di partito, non hanno in realtà nessun altro scopo se non quello di eliminare il contrasto tra meccanica politica e potere economico, di sottrarre la sfera di distribuzione all'influenza degli spostamenti di potere e di ricondurre anche questi all'interno dell'ordine borghese. Questi tentativi hanno già ottenuto un successo pratico-politico. Tramite la posizione di potere del presidente della Banca del Reich nell'ambito della politica monetaria e creditizia è stato molto ristretto lo spazio che finora era lasciato al gioco delle forze politiche interne. Furono soprattutto le città, particolarmente coinvolte nel settore della politica sociale, quelle che nell'ultimo periodo hanno sperimentato direttamente la dipendenza funzionale della sfera di distribuzione da quella direttiva. A ciò si aggiunga che ogni pretesa neutralizzazione di un determinato settore (ferrovia, banca) significa la sua esclusione da possibilità di intervento dei lavoratori nel quadro della sfera di distribuzione.

Questa riduzione della libertà di decisione del Parlamento influisce, dal punto di vista politico-costituzionale, sul tentativo di rendere ampiamente indipendente il governo dal Parlamento, poiché questo rispecchia pur sempre con troppa chiarezza la volontà opposta di

grandi parti del popolo. Riguardo alla separazione di Parlamento e governo, la proposta piú radicale e conseguente di trasformazione della Costituzione, respinta dal Reichstag, fu quella del Partito tedesco, che richiedeva per il voto di fiducia una maggioranza di due terzi del Reichstag che poteva essere sostituita soltanto da una maggioranza semplice alla terza lettura del bilancio. Questi tentativi di riforma costituzionale furono coronati da successo con la accettazione da parte del Partito popolare tedesco, delle proposte del *Reichsverband der deutschen Industrie*[17], relative alla posizione politico-finanziaria del Parlamento. In futuro, non sarebbero state piú possibili autorizzazioni di spesa senza il permesso del governo nel quale il commissario del Reich avrebbe avuto una posizione decisiva. In tal modo si sarebbe eliminato quel contrasto che Popitz una volta, con chiarezza degna di riconoscenza, ha definito affermando che

non è raro che il suffragio elettorale universale componga le rappresentanze del popolo che devono dare l'approvazione, in modo tale che non siano affatto quelli che stanno ai livelli piú alti d'imposta sul reddito, e che devono risentire piú duramente degli aumenti, ad avere una maggiore influenza nelle rappresentanze, bensí piuttosto quelli che rappresentano i ceti popolari meno abbienti[18].

Questi piani sono assolutamente conseguenti dal punto di vista di coloro che vogliono eliminare il contrasto tra le posizioni di reale potere economico e la forma politica esterna, a favore del potere economico. Chi, però, dietro quel conflitto vede tutte le forze che sono avverse all'attuale distribuzione del potere economico, dovrà provvedere all'attivazione di queste forze. Infatti, il progredire di quel rapporto conflittuale all'infinito è impossibile. Nessuno Stato può sopportare alla lunga tale sproporzione.

Stato di diritto e burocrazia

Il compito della composizione degli interessi contrastanti all'interno della sfera di distribuzione non spetta soltanto al governo; da una parte, perché ovviamente esso può rivolgersi solo agli oggetti piú rilevanti e deve lasciare i lavori di dettaglio ad organi

[17] Esposto in *Aufstieg oder Niedergang? Deutsche Wirtschafts- und Finanzreform 1929; Eine Denkschrift des Präsidiums des Reichsverbandes der deutschen Industrie.*
[18] Nell'articolo sulla perequazione finanziaria nel *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, vol. III, p. 1013.

subordinati, dall'altra, però, anche perché quell'elemento di continuità e d'interpartiticità, che spesso viene presa per sovrapartiticità, non gli si confà nella proporzione in cui questo lavoro lo richiede. Forme opportune per l'adempimento di questo compito sono gli apparati giuridici tradizionali. Un tempo l'idea di Stato di diritto serví alla conclusione della lotta tra borghesia liberale e monarchia; uscendo dalla corrente di pensiero e dall'arsenale politico dei partiti costituzionali, essa ha subìto un profondo mutamento funzionale. Originariamente era incerto strumento di lotta dei ceti di 'possesso e cultura' per i quali si trattava in particolar modo di creare, per tutti gli interessi, competenze che sottraessero al potere esecutivo monarchico la possibilità di adempimento delle sue facoltà di dominio. Oggi, lo Stato di diritto è la forma [19] in cui una gran parte delle deliberazioni della sfera di distribuzione sono effettuate in un modo apparentemente giuridico, circondate da un mucchio di prescrizioni tecnico-processuali. Camera di conciliazione, tribunale del lavoro e ufficio in cui si compongono le controversie in materia di locazione poggiano tutti sul principio dello spostamento della decisione da luoghi politici a luoghi apparentemente separati dalla sfera politica, legati a prescrizioni giuridiche. In realtà, questi debbono per lo piú dichiarare quale intesa coatta (*Zwangsausgleich*) un compromesso. Cosí in tal modo, la forma dello Stato di diritto, in cui le lotte sociali vengono concluse per una via procedurale, diventa il confine dei gruppi sociali ostili che sono ben lontani dal vedere in essa la legge della definitiva divisione del potere. Tuttavia, per essi un procedimento d'intesa coatta, aumentato con le forme dallo Stato di diritto significa la garanzia, certo tenendo conto dei rapporti di forza di volta in volta prevalenti, di farsi valere, comunque in ogni caso, la garanzia d'essere presi in considerazione In tal modo, avviene che i lavoratori, laddove era loro stato finora negato qualsiasi influsso salutano favorevolmente come un progresso l'introduzione di forme di Stato di diritto. Perciò, il tentativo di far valere la loro influenza sull'organizzazione, fino ad ora inaccessibile alla loro azione, dell'economia capitalistica, si risolve nelle richieste di un ispettorato del cartello (*Kartellaufsichtsamt*) indipendente e organizzato secondo le forme dello Stato di diritto. Accanto a queste forme dello Stato di diritto, nelle quali la composizione si cela dietro disposizioni procedurali, c'è ancora la forma di composizione tramite un giudice arbitrale, il cui valore sta proprio nell'indipendenza dalla casualità,

[19] Per il problema dello Stato di diritto si rimanda allo scritto di Hermann Heller, tanto interessante quanto anche molto problematico per il modo di formulare le questioni, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen 1930.

che ogni disposizione procedurale comporta, proprio nel contrario dell'obiettività apparente della legge cosí dello Stato di diritto: composizione, dunque, tramite il giudice arbitro, in forza della persona o dell'ufficio, cosí come è rappresentato dal mediatore incaricato o, di recente, dalla singolare forma del ministro arbitro nel conflitto della Ruhr. Lo scopo perseguito con l'istituzione del giudice arbitro, tuttavia, è eguale a quello per il quale ci si serve della forma dello Stato di diritto. Entrambi agiscono tramite diritto, ufficio o persona quali organi di composizione nella sfera di distribuzione.

Il funzionamento degli organi dello Stato di diritto e arbitrali non ha bisogno d'essere garantito da una indipendenza formale. Lo sviluppo negli ultimi dieci anni ha dato come risultato il fatto che la conduzione degli uffici da parte di tutti questi funzionari, nella misura in cui si muovono nella sfera della distribuzione, è possibile solo tenendo conto degli esistenti rapporti sociali. I funzionari stessi hanno interesse ad adottare nel loro comportamento di fronte alle organizzazioni degli operai e lavoratori una politica che soddisfi possibilmente tutte le prese di posizione: infatti, per la conduzione del loro ufficio essi hanno bisogno perlomeno di un atteggiamento benevolo di queste organizzazioni che esercitano il loro influsso su molti uomini per mezzo di stampa, assemblee, ecc. Diversamente va nel caso dei funzionari della sfera direttiva, sebbene questi siano per lo piú funzionari cosiddetti dipendenti, ufficiali, consiglieri di legazione ecc. Essi non sono esposti all'influnza delle diverse organizzazioni sociali, bensí si trovano — nonostante tutti i cosiddetti tentativi di repubblicanizzazione — per i reali rapporti economici di potere, esclusivamente nella sfera d'influenza della borghesia e delle sue grandi organizzazioni economiche.

Nel concetto d'indipendenza della giustizia si mostra quanto il mondo dei fatti politico-economici possa oggi rendere astratti concetti che forse un secolo fa avevano un senso politico costituzionale del tutto determinato. Nessuna indipendenza [20] del giudice ha potuto impedire che, in materia di alto tradimento (materia appartenente in verità alla sfera direttiva), l'attività della Corte suprema tedesca sia diventata soltanto un riflesso dei rapporti

[20] Per il problema dell'indipendenza giuridica abbiamo l'eccellente scritto di E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, 1927 [ora in *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt 1968]. Ricco materiale empirico per le tesi qui esposte, lo offre il lavoro di Franz Neumann, *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*, Berlin 1929 [ora in Th. Ramm (a cura di), *Arbeitsrecht und Politik*, Neuwied und Berlin 1966].

di forza dominanti. E nella misura in cui si osservino gli altri campi del diritto penale soltanto nelle loro funzioni di garanzia dell'ordinamento economico dominante, ancor oggi i tribunali non adempiono ad alcun altro scopo se non a quello del mantenimento, in modo certamente umano e razionale, del vigente ordinamento proprietario. Nella questione politicamente irrilevante della distribuzione intercapitalistica dei beni, i tribunali non sono apartitici per il fatto che sono indipendenti, ma perché, per queste questioni, vi sono regole giuridiche formali in vigore da secoli e non vi sono criteri mutevoli di tipo politico-economico. Cosí, l'esempio della giustizia mostra nel modo migliore quanti pochi princípi giuridico-costituzionali dominino l'attività del corpo dei funzionari, si chiamino indipendenza del giudice o dovere di difesa della forma statale della Repubblica stabilita costituzionalmente. Sono solo gli effettivi rapporti di potere politico-economico quelli che in realtà stabiliscono direzione e modo delle attività dei funzionari.

Il presidente del Reich

La Costituzione di Weimar contempla — seguendo in questo punto la Costituzione americana — l'elezione popolare del presidente. Ma, al contrario che negli Stati Uniti, egli non è capo indipendente dell'esecutivo, ma è legato per quanto riguarda tutte le sue prescrizioni e disposizioni alla controfirma del cancelliere o di un ministro, che perciò assumono la responsabilità politica di fronte al Reichstag. Tuttavia, il presidente, rispetto al governo vincolato al voto di fiducia del Reichstag, detiene una posizione piú libera. È eletto dal popolo, non dal Parlamento; nomina il cancelliere e designa i ministri; ha il diritto di sciogliere il Reichstag e, rispetto ai parlamenti e governi che mutano, è ritenuto un elemento di stabilità per il fatto che rimane regolarmente in carica 7anni. Queste norme costituzionali possono avere contribuito all'errata idea che il presidente sia l'unico vero rappresentante della nazione, colui che, lontano dalla contesa dei partiti, non responsabile di fronte ad alcun Parlamento e ad alcun interesse particolare, rappresenterebbe l'intera nazione. In questa direzione si muovono le precisazioni di Radbruch *, in un articolo sull'aureo bilancio della Costituzione, in cui, a proposito dell'attività svolta del primo presidente,

* Gustav Radbruch (1878-1949), allievo di Wund e Liszt, professore universitario di Diritto penale e Filosofia del diritto, ministro della Giustizia nel gabinetto Wirt-Stresemann nel 1921-23, critico del positivismo e sostenitore del neo-criticismo fu uno degli obiettivi polemici di Carl Schmitt.

pensa che ad essa non si dovrebbero applicare i criteri della politica di partito, perché essa dovrebbe esprimere solo la *volonté générale*, la volontà ideale dell'intero popolo, il vero interesse della nazione. Questa concezione Radbruch la riferiva alla gestione del presidente Ebert. La stessa concezione è sostenuta, in modo differente, anche per la gestione di Hindenburg. Qui, dunque, appoggiandosi sulla posizione costituzionale del presidente e sulle qualità personali di volta in volta stimate esistenti, è sostenuto il punto di vista secondo il quale la posizione del presidente sarebbe al di sopra delle classi. Questa è un'invenzione; innanzitutto, le premesse giuridico-costituzionali di questo incarico non posseggono il significato che viene loro attribuito; il presidente è certo eletto dal popolo, ma anche questa elezione è dominata dai detentori del monopolio dell'organizzazione politica, dai partiti, che soli dispongono dell'apparato tecnico qui necessario. O questi propongono autonomamente un candidato, oppure si accordano con gruppi vicini sull'uomo di loro fiducia. Inoltre, il diritto del presidente di cercare un cancelliere a lui gradito e in tal modo di influire decisamente sugli avvenimenti politici, fino ad ora è stato notevolmente limitato dal rispetto conforme a consuetudine delle situazioni prodotte dalle nuove elezioni oppure da avvenimenti politici d'altro genere (la lotta nella Ruhr! *). In ogni caso, il presidente, affinché il cancelliere da lui scelto riceva l'approvazione della maggioranza del Reichstag, deve mirare alla nomina di un uomo la cui politica corrisponda in qualche modo al rapporto di forza tra le classi di volta in volta esistente. Soltanto entro questi ristretti limiti la libertà politica e la volontà personale del presidente può avere efficacia; può influenzare la politica sia per mezzo dell'atto di nomina rimesso nelle sue mani sia per mezzo del costante esercizio di influenza sulle oscillanti delibere del gabinetto. Un presidente può dunque esercitare il suo incarico solo quando si trova, in tutte le questioni politiche fondamentali, d'accordo con il governo e in tal modo con i concreti rapporti di potere di cui qualsiasi governo è il riflesso. Un esempio concreto renderà chiaro questo fatto. Nel 1923, la Turingia e la Sassonia furono governate da governi socia-

* Nella Ruhr si ebbero due scioperi generali: il primo nel 1923 e il secondo nel 1928; durante quest'ultimo gli imprenditori ricorsero alla serrata quale strumento di lotta non riconoscendo il carattere vincolante della mediazione governativa, condotta dal ministro del Lavoro socialdemocratico della grande coalizione, Rudolf Wissel. Il tema fu oggetto di una rilevantissima disputa giuridica. Si veda E. Fraenkel, *Der Ruhreisenstreit 1928-29 in historisch-politischer Sicht*, in F. A. Hermens, Th. Schieder (a cura di), *Staat, Wirtschaft und Politik in der Weimarerrepublik* (Festschrift für Heinrich Brüning), Berlin 1967, e Rusconi, *op. cit.*, pp. 263-6.

listi senza tener conto della situazione dominante nel Reich. Alla stessa epoca, in Baviera, un governo decisamente di destra ha negato la sua approvazione all'applicazione di leggi del Reich. Ha indotto le truppe bavaresi a ribellarsi al governo centrale per potere imporre con il loro aiuto quella politica generale che riteneva giusta. I governi della Turingia e della Sassonia furono rapidamente liquidati tramite l'applicazione dell'articolo 48; questi Länder furono invasi da truppe armate e commissari del Reich e con il loro aiuto furono imposte in Turingia nuove elezioni, il cui esito non poteva essere dubbio [21]. In Baviera, non fu soppresso alcun governo, nessun esercito estraneo calpestò il territorio della Baviera, e nessuna nuova elezione turbò il governo bavarese. Fu stipulato, invece, un *gentlemen-agreement* tra governo centrale e governo bavarese, che nella storia costituzionale sopravvive con il nome di « accordo di Homburg ». La seguente frase ne può evidenziare il carattere amichevole: « Con il presente accordo non si perverrà alla trattativa di ulteriori richieste contenute nel memorandum bavarese ». In tal modo in due casi analoghi perlomeno dal punto di vista giuridico, l'articolo 48 non fu applicato nella stessa maniera dal presidente, capo del potere esecutivo. Il motivo politico di ciò è oggi chiaro. Nel caso relativo alla Germania centrale si trattò di una deviazione dall'indiscusso principio dello Stato borghese, nel 1923 già completamente stabilito, mentre nel caso della Baviera non si trattò affatto di una deviazione dallo Stato borghese, bensí quelle che si contrapponevano erano soltanto due concezioni divergenti riguardo al modo della sua realizzazione [22]. Naturalmente, queste si appianarono con un accordo, cosa che era impossibile fare nei confronti dei princípi socialisti [23]. Proprio la condotta concreta del presidente in questa situazione mostra che all'azione conciliatrice del presidente, al suo *pouvoir neutre*, sono posti ristretti limiti. Solo all'interno dei rapporti politici di potere dati dello Stato borghese, una tale attività di composizione può avere effetto; al di là di ciò, però, anche il giudice arbitro

[21] Il caso qui solo brevemente discusso è estesamente descritto in W. Fabian, *Klassenkampf um Sachsen*, Löbau 1930.

[22] L'atteggiamento oscillante del governo borghese rispetto al ministro Frick, da questo punto di vista è caratteristico. Poiché si tratta solo di una nuova varietà di politica borghese piú consona alle circostanze, ad essa, in via di principio non dovrebbero assolutamente venir negate tutte le possibilità.

[23] Nonostante i contrasti che vi sono tra Reich e Länder riguardo a interessi amministrativi, finanziari e cosiddetti di sovranità, proprio questo esempio mostra che in fondo tutte le possibili differenze tra Reich e Länder si dimostrano abbastanza irrilevanti rispetto all'unica domanda: Reich e Länder sono omogenei per struttura politica? Poggiano sui medesimi princípi di ordine sociale?

diviene un partito. Cosí, era nella logica dei rapporti politici d'allora il fatto che il presidente Ebert fosse mediatore tra Baviera e Reich, e invece capo dell'esecutivo del Reich nella disputa tra Sassonia e Reich.

Come la possibilità d'influsso del presidente, sia in qualità di consigliere, amministratore fiduciario sia come giudice arbitro, rimane sempre nei limiti dell'ordine di dominio dato, cosí la sua funzione rappresentativa, che poggia su quello, deve piú che mai compiersi all'interno di questa sfera. Il presidente deve rappresentare il Reich come un tutto di cui esso manifesta la volontà in una maniera che ne esprime l'indirizzo per l'intero popolo e per il suo partner di diritto internazionale. Però, si può rappresentare solo qualcosa di attuale, qualcosa che è realmente esistente. Per quanto Friedrich Ebert e Hindenburg abbiano potuto e possano connettere alla loro funzione rappresentativa determinate idee politiche di valore differenti fra loro, questa rappresentanza non riceve il suo carattere né dall'idea del rappresentante, né da quella di chi accetta la rappresentanza, il popolo, bensí tramite la concreta figura di ciò che realmente è rappresentato: i rapporti di potere dati. In questo processo inevitabile e che continuamente ritorna, il quale fa retrocedere il rappresentante dietro la materia rappresentata e che non si è arrestato né dinnanzi alla persona di Stalin né dinnanzi a MacDonald, né dinnanzi a Friedrich Ebert, si manifesta il fatto che una volontà generale ideale, se non esiste, come nella società classista, non può essere creata neppure dalla persona e dall'idea del rappresentante. Anche se ogni presidente, come è usuale in tutti gli ordinamenti sociali che poggiano su preminenza e subordinazione di classi, dichiara di rappresentare l'intero popolo compresi coloro che si oppongono ai rapporti di potere dati, tuttavia l'idea antimarxista, che a ciò si connette, dell'essere il presidente al di là delle classi, è una finzione. Con ciò cadono anche tutte le particolari idee di valore che si sogliono collegare con l'incarico di presidente del Reich.

La Costituzione senza decisione

Le grandi e famose Costituzioni della Francia degli anni Novanta del XVIII secolo stanno all'inizio di un determinato ordinamento delle cose umane. Con un *pathos* comprensibile per la loro posizione storica, *pathos* che ha avuto efficacia fino ai tentativi costituzionali riusciti e falliti degli anni Quaranta del XIX secolo, esse annunciano la vittoria della nuova epoca, l'epoca borghese. Ad uno dei primi giusti atti dell'epoca borghese, dopo la sanguinosa repres-

sione della Comune di Parigi — il primo balenare di un nuovo periodo storico — anche la Francia repubblicana, accanto alla Germania di Bismarck, si è data nuove leggi costituzionali. Queste leggi costituzionali rifiutarono di ricordarsi che la borghesia francese in passato aveva abbattuto la monarchia feudale in nome degli inalienabili diritti dell'uomo, dei quali si era fatta passare come luogotenente. La Costituzione, per questa Francia, non era nulla di piú di quanto non lo fosse stato per Bismarck: principio organizzativo di ciò che è.

La nascita della Costituzione di Weimar cade in un secondo punto alto dell'epoca borghese. Con la penetrazione pianificata di tutto il mondo da parte di un capitalismo che si autorganizza, caddero gli ultimi resti di un sistema feudale o semifeudale. Spingendo oltre lo Stato borghese premevano le idee della classe lavoratrice potentemente rafforzata al seguito dello Stato capitalistico, la quale proprio in Russia al primo assalto sembrò averlo mandato in aria. Tutti questi fatti che in un periodo di tempo relativamente breve avevano mutato il volto culturale ed economico di popoli e paesi, si riflessero sulla nascita della Costituzione di Weimar, alla cui origine stava il destino particolare della borghesia tedesca. Cosí, in Germania, paese borghese per struttura spirituale già negli anni Quaranta e per struttura economica al piú tardi negli anni Settanta del secolo scorso, la borghesia ottenne la posizione di potere corrispondente alla sua posizione economica solo in un'epoca in cui molti, prematuramente, già immaginavano che il potere della borghesia fosse finito. Fuori, negli Stati successori austriaco e russo, popoli, che avevano ottenuto da poco la loro libertà come nazione, cercavano di darsi Costituzioni per quanto possibile democratiche. Guardando con riverenza verso l'Occidente e con timore verso l'Oriente, assunsero le forme costituzionali ereditate dal XIX secolo, senza pensare che lo Stato nazionale del XIX secolo, per il quale quelle Costituzioni erano fatte, non poteva risolvere il problema dello Stato di classe del XX secolo. Se la coscienza del loro recente esser divenuti Stato, permise a questi paesi di riformulare senza tanti pensieri le Costituzioni borghesi dell'Europa (e perciò tanto piú precocemente divennero preda di condizioni costituzionali anarchiche), la Germania del 1919, nella quale allora ancora si vedeva il piú forte baluardo del socialismo continentale, volle progredire nei suoi diritti fondamentali. Assunse completamente l'apparato organizzativo borghese con i vecchi gruppi di funzionari; nei suoi diritti costituzionali lasciò in via di principio spazio per un nuovo ordine sociale. Si era pronti a mettere l'apparato statale a disposizione del vecchio come del nuovo sistema sociale e a dare a questo nuovo ordine, qualsiasi

esso risultasse, l'attestato di legalità. La Costituzione di Weimar, allo stesso modo di Max Weber che da questo punto di vista non ha assolutamente riconosciuto l'essenza di una Costituzione, ha ritenuto giusto spianare la strada solo a tutti i compiti pensabili rivolti all'amministrazione. Qui però sta l'errore principale, e non correggibile, di questa Costituzione: non si è decisa. Cadde nell'errore di credere che i princípi stessi della democrazia siano già i princípi di un determinato ordine sociale o ideologico. Si dimenticò che la democrazia non può piú esprimere altro se non ciò che già precedentemente esiste. Esprimere un ordine sociale esistente, rappresentarlo materialmente; una democrazia lo può fare. Ma nella misura in cui si scambiarono le forme della democrazia con il suo contenuto, ci si astenne dal dare a questa Costituzione un programma politico. Il compito di ricondurre questa mera forma priva di un programma politico, a singoli elementi borghesi, fu intrapreso con successo e fortuna dalla borghesia tedesca, a partire dal 1919.

Il senso di ogni Costituzione, che deve contrassegnare il punto di svolta di uno sviluppo politico, è quello di annunciare un determinato programma d'azione, in nome del quale deve aver luogo l'organizzazione di un nuovo sistema sociale. Questa azione sarà tanto piú realizzabile quanto piú corrisponderà alla situazione economica, come fu il caso del programma della Costituzione rivoluzionaria francese; sarà tanto meno realizzabile, quanto meno è adeguata alla situazione economica data, come nel caso del destino della Costituzione rivoluzionaria russa.

Per il fatto che la Costituzione di Weimar tralasciò di darsi un programma d'azione e si accontentò con ciò di mettere ai voti i piú diversi sistemi elettorali, i suoi padri credettero di poter sostituire con istituti costituzionali democratici un programma politico d'azione, mentre compito della democrazia sarebbe stato quello di creare innanzitutto questo programma. Purtuttavia « il suo carattere era che essa non rappresentava nulla, bensí ammetteva tutto »[24]. Mezzo secolo prima, una Costituzione democratico-liberale avrebbe potuto ottenere una efficacia maggiore come principio organizzativo nazionale in un paese con numero relativamente significativo di cittadini politicamente interessati, non con un interesse rivolto solo alla politica degli affari, e con una stampa abbastanza indipendente dal punto di vista economico. Alla fine dell'epoca borghese, quando quelle memorabili istituzioni quali Stato

[24] L. von Stein, riguardo alla Costituzione francese del 1795, nella sua valida *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Leipzig 1850, vol. I, p. 395.

di diritto, cultura borghese, indipendenza giudiziaria e libertà d'opinione hanno perso il loro particolare significato, a causa delle condizioni di vita specifiche del sistema economico capitalistico, soltanto un riconoscimento univoco di un principio organizzativo della società in termini di contenuto, riconoscimento del socialismo, avrebbe potuto dare nuova vita alla democrazia.

Fu il tragico destino della Costituzione di Weimar il fatto che nell'ora della sua nascita nel proletariato tedesco non poté sorgere alcuna forza di volontà, che avrebbe eseguito quel compito della creazione di una democrazia socialista, liberi da ogni radicalismo retorico ma tuttavia con quella disposizione a fare ciò che è storicamente necessario. La borghesia tedesca giunse in possesso del potere politico con quasi un secolo di ritardo, quando i fondamenti spirituali ed economici del suo dominio erano già diventati estremamente incerti. Contenerne l'espansione politica fu possibile solo a condizione che le sue richieste economiche fossero accettate anche dalla monarchia semifeudale. Nessuno nella situazione attuale, può aspettarsi dalla borghesia la disposizione — e questa è la differenza della posizione della borghesia rispetto alla monarchia semifeudale nel secolo scorso — ad esaudire le richieste economiche del proletariato come contropartita del fatto che a lei resti riservata la sfera del *government* e della burocrazia. Dall'inseparabilità dell'ambito politico da quello economico è messa in dubbio l'efficacia autonoma degli istituti costituzionali democratici. Poiché non c'è alcuna possibilità di giocare l'una contro l'altra, politica ed economia, a favore di un terzo che non esiste, la Costituzione si riduce ad essere una regola formale del gioco, che il piú potente, mancando un'istanza superiore, è in grado di sopprimere a suo piacimento.

Soltanto una politica socialista, che conosce in tutta la sua gravità come non sia superabile questa doppia contrapposizione e non la evita con risposte apparenti, può avere e troverà il coraggio di volere qualcosa, anziché essere, come questa Costituzione del disfacimento del sistema dei valori borghesi, sempre soltanto al servizio di chi è potente.

Tribunale del Reich ed espropriazione Incostituzionalità della legge prussiana sull'allineamento? (1930)

Nell'ultimo periodo, hanno suscitato giustificato scalpore varie sentenze del Tribunale del Reich, che applicavano il concetto di espropriazione a fattispecie che fin qui non sono state considerate come esproprio, bensí erano annoverate nell'ambito delle limitazioni di diritto pubblico senza indennizzo. Le sentenze del Tribunale supremo sono state non a torto ritenute, proprio presso le amministrazioni comunali, come enormi oneri, capaci di ostacolare notevolmente l'intera politica edilizia urbana, come anche i tentativi di una superiore unificazione legale del diritto urbanistico prussiano. Si disconoscerebbe, tuttavia, il significato di queste sentenze, se non si volesse vedere in esse il fondamentale tentativo di assicurare all'istituto giuridico dell'esproprio un ambito di applicazione di gran lunga piú ampio. Questo tentativo è tanto piú significativo in quanto ad esso, con poche ma comunque molto rilevanti eccezioni [1], si è collegata quasi tutta la scienza giuridico-amministrativa e giuridico-costituzionale tedesca, e nella prassi della vita statale già di frequente è accaduto che potenti gruppi d'interesse abbiano usato di questa giurisdizione per far valere pretese di risarcimento di fronte a ogni tipo di intervento statale resosi necessario, anche quando esse non possono essere considerate giustificate. Da questi punti di vista si è cercato perfino di dichiarare anticostituzionale l'accordo di liquidazione tedesco-polacco, poiché la rinuncia all'affermazione di diritti sarebbe da considerarsi come espropriazione [2].

Si darà soddisfazione ai piú recenti tentativi di ampliamento del

[1] C. Schmitt, *Die Auflösung des Enteignungsbegriffes*, in « Juristische Wochenschrift » [d'ora in poi *JW*], 1929, pp. 495 ss.

[2] Tre pareri di Simons, Triepel, Kaufmann hanno dato risposta affermativa alla questione dell'incostituzionalità dell'accordo tedesco-polacco di liquidazione, anche in riferimento all'articolo 153 della Costituzione, mentre essa è stata a ragione negata da Anschütz e Schmitt.

concetto di esproprio a generale concetto di tutela di diritti acquisiti [3] — ampliamento come quello che è stato teoricamente intrapreso per la prima volta in un noto scritto di Martin Wolff [4] —, allorché lo si comprenderà come nucleo della *Renaissance* della concezione dello Stato di diritto borghese, che da un bel pezzo si è avviata in Germania. Però, come il concetto della *Renaissance* copre sempre, con la tutela di avvenimenti prodottisi storicamente e tuttavia unici, la stilizzazione e la legittimazione di nuovi scopi, anche qui vale lo stesso. La natura dello Stato di diritto del XIX secolo, che fino ai giorni nostri ha conseguito un potere certo sempre meno significativo rispetto al grado della sua attuazione, ma anche sempre piú incontrastato, si trovava chiusa nella forma. E tuttavia, la forma della legge proprio in Germania fu il mezzo costituzionale col quale la borghesia, la Costituzione (*Konstitution*) * vinse contro l'arma dell'ordinanza, che allora era possesso esclusivo dell'assolutismo. In riferimento al nostro caso concreto: la preoccupazione tipica dello Stato di diritto non riguardava il fatto che a qualcuno — nel pubblico interesse — venisse tolto qualcosa, bensí se questa sottrazione aveva luogo nella salvaguardia delle forme e garanzie di legge. Lo Stato di diritto, piú che prendere creativamente posizione nel processo politico, fu maggiormente garante di un ordinamento sociale esistente e ne conobbe il suo perfezionamento solo cercando di espandere sempre piú la rete di queste garanzie.

Lo stesso istituto dell'esproprio ha come presupposto l'esistenza dell'ordinamento sociale borghese. Il principio della dichiarazione rivoluzionaria francese dei diritti dell'uomo del settembre 1791, ampiamente preparato soprattutto ad opera di scrittori anglosassoni, « la propriété est inviolable et sacrée; nul ne peut en être privé, que lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité », è il fondamento sociale e giuridico dell'istituto dell'esproprio, cosí

[3] L'autore rinvia, a completamento in particolare della presentazione storica e dell'interpretazione dell'articolo 153 della Costituzione, alle dettagliate esposizioni contenute nel suo lavoro sui limiti dell'esproprio, *Die Grenzen der Enteignung. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Enteignungsinstituts und zur Auslegung des Art. 153 der Weimarer Verfassung*, Berlin und Leipzig 1930.

[4] *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Festgabe der Berliner Juristenfakultät für W. Kahl*, Berlin 1923.

* Al termine italiano ' Costituzione ' corrispondono in tedesco due termini: quello di *Verfassung* e quello di *Konstitution*, piú moderno e piú carico di valori democratici. Cosicché, come avviene in Kirchheimer, è possibile incontrare l'espressione *konstitutionelle Verfassung* (costituzione costituzionale), quando si voglia accentuare il momento della rappresentanza popolare. Cfr. O. Hinze, *Stato e società*, Bologna 1980, in particolare *Il principio monarchico e il regime costituzionale*, p. 41.

come esso si è sviluppato nella storia del XIX secolo. Ma contemporaneamente ne è la limitazione, come del tutto correttamente ha visto Lorenz von Stein. Solo in un paese come la Francia, in cui il conflitto tra feudalismo e borghesia aveva trovato la sua composizione a favore della borghesia, era possibile la prima costituzione di un istituto regolare dell'esproprio. Infatti, non è certo con un istituto di esproprio che si può decidere il conflitto fra due classi. Il diritto di esproprio dello Stato di diritto borghese è solo il correlato del dominio, sancito costituzionalmente, della proprietà privata. Su questa salda base, certo, viene stabilita l'eccezione, che trova il suo significato e la sua delimitazione, forse anche la sua relatività, appunto nel fatto che essa non si riferisce mai interamente a categorie di proprietà, bensí sviluppa solo la tecnica con la quale è possibile sottrarre, per scopi tecnici del tutto definiti, la proprietà singola, nel rispetto di tutte le garanzie giuridiche. Alla conseguente distinzione tra l'istituto dell'espropriazione fondato sulla proprietà individuale e la questione, divenuta bruciante nella Germania dell'epoca di trapasso dal feudalesimo alla dominazione borghese, del trattamento dei diritti acquisiti, si sono sempre attenuti tre classici della scienza tedesca dello Stato, cosí diversamente orientati dal punto di vista politico, come Lorenz von Stein, Julius Stahl e Ferdinand Lassalle. Per la successiva dottrina costituzionale tedesca divenuta formalistica, non poteva esserci a questo proposito proprio alcun problema. La questione se, per caso, anche sotto la forma della legge non possa celarsi una espropriazione, era infondata dal punto di vista di una dottrina costituzionale che, per motivi politici, poneva l'accento sul fatto che tutto si eseguiva nella forma della legge. Infatti, la legge era la piú importante espressione della volontà politica borghese. Dall'altro lato, però, il maestro di diritto amministrativo dell'anteguerra, Otto Mayer, ha posto la chiave di volta a completamento dello sviluppo dell'istituto dell'esproprio, ricavandone con acutezza le caratteristiche sulla base della prassi amministrativa tedesca e francese. La formulazione di Mayer, secondo cui l'espropriazione sarebbe un intervento dell'autorità nella proprietà immobile del suddito, allo scopo di sottrargliela per destinarla a un'impresa pubblica, e l'ulteriore definizione secondo cui un'impresa pubblica sarebbe da considerarsi come una parte della pubblica amministrazione, circoscritta e caratterizzata dal suo scopo particolare, alla quale andrebbero trasferiti i beni espropriati secondo la loro concreta entità, devono essere ritenute valide anche al di là dell'epoca in cui lo Stato di diritto era determinante. L'esproprio individuale sottrae e trasferisce la proprietà secondo la sua entità fisica. Tuttavia, non sottrae né trasferisce secondo un piano per ristabilire, rinnovata e migliorata dal punto

di vista organizzativo, la precedente forma d'impiego, bensí lascia che la nuova forma d'esistenza sia determinata solo dalla volontà di chi espropria. Soltanto in questa pura casualità sta la giustificazione morale delle pretese di risarcimento. L'esproprio non deriva da alcun piano generale anteriormente concepito e predisposto, e i punti di vista dai quali viene gestito sono di natura meramente tecnica. In ciò sta, del resto, anche la giustificazione dell'espressione oggi rifiutata: ' acquisto forzoso ' (*Zwangskauf*) anziché ' espropriazione ' (*Expropriation*), che certo è insufficiente per ragioni costruttive, ma rende meglio lo stato di fatto sociologico. Esso allude all'esercizio diffuso dell'espropriazione.

La Costituzione di Weimar ha compiuto e svuotato la forma dello Stato di diritto borghese; l'ha compiuta, cercando di colmare i vuoti ancora presenti nel sistema pubblico di querela (*öffentliches Klagensystem*), e l'ha svuotata [5], facendo da contrappeso costituzionale alla condizione basilare dello Stato di diritto fino a quel punto: il potere esclusivo dell'ordine sociale borghese. La forma dello Stato di diritto era svuotata. Tentando di darle nuovamente come contenuto le passate condizioni borghesi, si è rivolta la sua faccia all'indietro. Consapevolmente Darmstädter, ha intrapreso ancora una volta questo tentativo nel suo libro sui limiti dell'attività dello Stato di diritto, in cui del tutto chiaramente si mira ormai a sottoporre l'attività materiale dello Stato a un controllo, che dal punto di vista del contenuto viene esercitato nel nome di un sistema normativo puramente borghese. Da questo punto di vista, si richiede — segno sintomatico — un controllo del contenuto dell'atto di esproprio, condotto da autorità giudiziarie in relazione alla finalità di esso. È questo il conseguente punto d'arrivo di un nuovo sviluppo retrogrado dell'idea borghese dello Stato di diritto, alla maniera in cui si è delineato innanzitutto nell'ambito del diritto d'esproprio. Ciò che il XIX secolo separò nettamente, viene mescolato dal XX. La tutela di fronte ad atti individuali di espropriazione si muta in una difesa di tutti i diritti acquisiti, in una sanzione giudiziaria dello *status quo*. In ciò sta il significato, incredibilmente carico di conseguenze, della giurisprudenza della Corte suprema negli ultimi dieci anni.

Tale giurisprudenza — all'inizio con esitazione, in seguito con sempre maggior sicurezza ed evidenza — ha condotto al fatto che oggi per espropriazione non s'intendono piú interventi individuali sulla base di un fondamento legale, bensí che oggi si può vedere l'esproprio in ogni atto dello Stato che intervenga in un qualsiasi

[5] Sulla discussione di principio sullo Stato di diritto, si veda C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit.; H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur*, Tübingen 1929.

modo nella sfera del diritto privato[6]. A tal riguardo si deve tener presente che oggi sempre meno si danno e possono darsi leggi che non tocchino un qualche interesse di qualche individuo[7]. Se si aggiunge che oggi la differenza tra una oggettiva situazione giuridica e un diritto soggettivo non ha piú e non può piú assolutamente avere la stessa nitidezza di prima, allora il pericolo risulta ancor maggiore. Infatti, proprio l'idea formale dello Stato di diritto ha portato ad inaugurare dappertutto una difesa mediante sistema di querele; poiché, però, la difesa per querela è la piú importante caratteristica del diritto soggettivo, si aprono allora qui spiacevoli prospettive, il cui pericolo sociale consiste nel fatto che — per posizioni monopolistiche di ogni tipo — vengono istituite nuove possibilità di difesa, non prive di prospettiva presso la giurisdizione del nostro Tribunale del Reich.

Il pericolo di questa giurisprudenza si fa molto chiaro in una sentenza del 25 agosto 1923, che riguarda l'ordinanza del presidente del Reich sulla rimessa di oggetti patrimoniali stranieri[8]. Là è stabilito che quelle persone giuridiche che sono in possesso di determinati mezzi di pagamento e titoli stranieri, devono consegnarne un certo numero, per il quale — come contropartita — ricevono prestito oro, marco tedesco o accredito su conto fiscale di valore costante. Il Tribunale del Reich vede, nel fatto che qui non è generalmente imposto a tutti i cittadini un eguale dovere di cessione, ma viene disposta solo la consegna di certi oggetti di valore indicati singolarmente, una forte approssimazione concettuale all'esproprio, da cui si giustifica l'applicazione dell'articolo 153 comma 2. Qui mancano tutte le caratteristiche, che la dottrina del diritto amministrativo ha elaborato come segni distintivi dell'esproprio. Infatti, non si espropria sulla base di una legge, bensí la legge determina da sé il provvedimento che appare necessario. Con ciò è già caduta la barriera piú importante, il controllo giudiziario sull'atto amministrativo si è trasformato in un controllo generale dell'attività statale. Ma, anche sostenendo l'idea certo errata che atti individuali

[6] La sentenza della Corte costituzionale del 23 marzo 1929, *RGZ*, vol. 124 appendice, pp. 19 ss. (non-validità dell'ordinanza di emergenza prussiana del 10 ottobre 1927 riguardo a una ampliata riserva di Stato per ricerca ed estrazione di carbon fossile e petrolio) — sezione B III delle motivazioni della sentenza, *op. cit.*, pp. 32-4 — cita, certo, quella giurisprudenza dominante della Corte suprema, ma di fatto contiene un distacco da essa.

[7] Cosí le nuove leggi doganali hanno indotto gli importatori di carne congelata a richiedere indennità di esproprio per il fatto che, a causa dell'attuale legislazione, hanno perso i loro capitali investiti — sulla base delle leggi precedenti — in impianti di refrigerazione. Che qui non si possa parlare di esproprio, non abbisogna certo di essere esplicitamente rimarcato.

[8] *RGZ*, vol. 110, p. 334, in particolare p. 347.

del legislatore possono essere annoverati nella teoria dell'espropriazione, è comunque incomprensibile in cosa dovrebbe qui consistere un tale atto individuale. La limitazione della libera discrezionalità del proprietario risulta in modo cogente dalla stessa fattispecie; lo Stato poteva usare, allo scopo — divenuto necessario dal punto di vista della politica finanziaria — di istituire un fondo valutario, solo determinate divise di paesi a valuta forte; fin dove ne potesse abbisognare, è disposto un dovere generale alla consegna. Che la cerchia di coloro che ne erano toccati fosse una cerchia limitata, non cambia nulla al carattere generale dell'ordinanza. Risulta chiaro qui il pericolo che una tale giurisprudenza debba inevitabilmente condurre a una garanzia dello *status quo*. Ogni provvedimento statale può molto spesso riguardare solo una cerchia determinata di persone, poiché proprio questa cerchia determinata ha accesso alle cose sulle quali lo Stato deve agire nel pubblico interesse. Ciononostante non bisogna scorgere in questo un processo di individualizzazione. Al contrario, si ha una generalizzazione, per il fatto che lo Stato esige qualcosa da tutti i possessori di valute e che gli è indifferente chi siano in concreto questi possessori di valute. Inoltre, manca un'impresa pubblica, una sezione limitata dell'amministrazione statale, alla quale le divise debbano essere trasferite. Il tentativo di stabilizzazione della moneta non è un'impresa nel senso del diritto d'esproprio; infatti, per impresa è da intendersi un fondo concreto di mezzi materiali, non l'attività statale in generale. Con questa espansione senza fine del concetto di intrapresa, l'attività statale, in rapporto con l'equiparazione d'interventi individuali e generali, viene assoggettata a una nuova istanza di controllo. Allo Stato viene generalmente proibito (e una riserva di autorizzazione gli viene concessa solo contro ' adeguato ' pagamento d'indennità) di perseguire finalità di tipo politico, nella misura in cui esse potrebbero mutare l'attuale stato patrimoniale dei gruppi sociali, a favore dell'uno o dell'altro.

Nella direzione della completa rinuncia a ogni concreto trasferimento, aveva preceduto questo giudizio già la nota sentenza sulla rendita carbonifera di Anhalt [9]. Da qui, una linea retta conduce alle due ultime sentenze importanti per principio. Il caso del monumento di Amburgo e la recentissima delibera del Tribunale del Reich sull'incostituzionalità della legge prussiana sull'allineamento [10] mostrano che, con l'ampliamento — intrapreso dalla Corte suprema in accordo con la maggior parte della letteratura — del concetto di

[9] *RG*. 109, p. 310.

[10] *RG*. 116, p. 268 (caso del monumento di Amburgo). La sentenza sull'allineamento del 28 febbraio 1930 è pubblicata per intero nella rivista « Das Grundeigentum », a 49°, n. 16.

esproprio, non è piú possibile determinare una chiara linea di confine a fronte del concetto della limitazione di diritto pubblico. Ciò si fa del tutto evidente in un recentissimo giudizio promulgato dal Tribunale del Reich [11], il quale tocca invero la questione dell'esproprio solo in un punto secondario, ma già a tal riguardo non differenzia piú esproprio e limitazione di diritto pubblico, bensí semplicemente dichiara illecita la limitazione di diritto pubblico mediante legge, in quanto ingerenza in diritti privati, senza piú distinguere comma 1 e 2 dell'articolo 153. In questo perfetto mescolamento concettuale sta anche il carattere distintivo essenziale della sentenza del Tribunale del Reich in riferimento all'incostituzionalità della legge sull'allineamento, che, a causa dei suoi effetti straordinariamente gravi, dev'essere trattato qui in maniera ravvicinata.

Alla base della sentenza sta la seguente fattispecie: il querelante è proprietario di un terreno in Berlino-Wannsee; la parte-Sud del terreno confina, nel suo lato occidentale, per una lunghezza di 50 metri, con una strada; a sud-ovest il terreno è limitato dal bosco comunale. La città vuole inglobare nel suo bosco la parte meridionale del terreno del querelante e perciò fa in modo di dichiararlo superficie libera. Essa ha redatto una pianta di allineamento approvata dalle istanze competenti, la cui notificazione è avvenuta il 5 marzo 1928. Il querelante si proponeva, già prima della redazione del piano di allineamento, di costruire sul suo terreno una casa con il fronte sulla detta strada. Piú di una domanda di costruzione, da lui inoltrata, fu respinta; da parte del primo presidente (*Oberpräsident*) gli venne comunicato che la giunta comunale aveva approvato la determinazione della pianta di allineamento. Poiché con ciò la parte di terreno in questione veniva dichiarata superficie libera, il comune non poteva fare un'eccezione, per il progetto di edificazione del querelante, al divieto di costruzione stabilito dallo statuto locale. L'azione per risarcimento danni avviata dal querelante contro la città di Berlino, che si basò sui punti di vista dell'atto illecito e della responsabilità d'ufficio, subordinatamente anche sull'indennizzo causa intervento di esproprio, è stata respinta dalle istanze inferiori (*Vorderinstanzen*). La Corte d'appello ha rigettato l'ipotesi che qui ci si trovi di fronte a un esproprio, dal momento che, nella determinazione dei piani di allineamento, non si dà mai un'esproprio, perché un'area edificabile mercantile, prescindendo dal suo rendimento agricolo o d'altro, non rappresenta alcun valore economico determinato, ma solo una possibilità economica. E si afferma che ogni speculatore fondiario saprebbe di avere in mano, prima che sia resa pubblica la pianta di allineamento, soltanto un

[11] *JW*, 1930, p. 1205.

oggetto di speculazione, e di correre un doppio rischio: innanzitutto riguardo alla giustezza dei suoi calcoli sullo sviluppo futuro dell'edilizia abitativa e poi riguardo alla conferma dei suoi calcoli in sé giusti nella pianta di allineamento. Un terreno fabbricabile mercantile non avrebbe in sé il suo valore, bensí lo riceverebbe solo da un favorevole piano di allineamento. Chi costruisce in una strada non regolata non avrebbe alcun diritto di ottenere questo incremento di valore; anzi l'eventuale aumento di valore rappresenterebbe un vantaggio patrimoniale che gli perviene attraverso provvedimenti di diritto pubblico. Il piano di allineamento sfavorevole non ridurrebbe il valore dei terreni, quello favorevole lo incrementerebbe di molto. Tutti i calcoli del querelante poggerebbero sulla supposizione che il terreno abbia avuto un valore di area edificabile. Il fatto che questi calcoli non si realizzino si baserebbe sulle limitazioni della proprietà alle quali andrebbero sottoposti, in forza della legge sull'allineamento, tutti i terreni che, senza essere edificati, si trovino in vie non regolate. Il Tribunale del Reich ha annullato questa sentenza e ha rinviato la cosa all'istanza inferiore. Non si è associata al parere della Corte d'appello, che — prescindendo completamente dalle concrete disposizioni della legge prussiana sull'allineamento del 2 luglio 1875 — apprezzò la situazione completamente e conclusivamente dal lato economico; piuttosto, essa cercò di provare l'esistenza dell'esproprio facendo una distinzione — sconosciuta al legislatore — tra i paragrafi 12 e 13 della legge sull'allineamento. Essa dispone che il paragrafo 12 rimette agli statuti locali di vietare la costruzione di case d'abitazione in strade non ancora completate per il traffico pubblico, costituisce una limitazione della costruzione imposta ai proprietari nel pubblico interesse, la quale non cade sotto il concetto di esproprio nel senso dell'articolo 153 della Costituzione. Infatti — e questa è la proposizione essenziale — in una determinata circoscrizione, un tale statuto locale riguarderebbe tutti i terreni che si trovino in una strada non ancora ultimata, non singoli terreni o un ristretto numero di essi, bensí un numero illimitato di aree del tutto indeterminate per posizione e ampiezza. Il paragrafo 13 comma 1 della legge sull'allineamento, al contrario, nega al proprietario un'indennità non solo in ragione della limitazione della costruzione introdotta con il par. 12, bensí anche in ragione della limitazione della proprietà fondiaria colpita dalla determinazione di nuovi allineamenti, prescindendo dalla definizione di determinati e però rigidamente limitati casi di eccezione. Poiché, con la notifica della pianta di allineamento si produrrebbe la limitazione della proprietà fondiaria, secondo la quale nuove costruzioni, restauri e ampliamenti che oltrepassassero gli allineamenti potrebbero essere respinti, allora

— nell'imposizione di questa limitazione — si verificherebbe, dal punto di vista giuridico, un esproprio.

Che contro questa interpretazione parli lo stesso paragrafo 13, lo ha osservato anche il Tribunale del Reich; infatti, nel comma 1 del paragrafo 13, i casi di limitazione di costruzioni in conformità al paragrafo 12 e quelli basati su una determinazione dell'allineamento vengono appena nominati, cosa che pur sempre già contraddice il fatto che tra le due determinazioni ci sia una cosí profonda differenza essenziale, come il Tribunale del Reich cerca di dimostrare lambiccando. Anche se la determinazione di allineamento, contrariamente alla limitazione della costruzione, riguardasse solo una cerchia individualmente determinata di persone, saremmo pur sempre in presenza di un tipico connotato concettuale dell'esproprio. Ma non è questo il caso; infatti, anche il piano di allineamento viene formulato secondo punti di vista d'ordine generale. Che una parte dei proprietari sia colpita da esso e un'altra no, dipende dalla natura del piano di allineamento, non da un determinato proposito delle autorità. Inoltre, non ha importanza se il numero dei proprietari fondiari colpiti è illimitato, bensí se questa limitazione avviene secondo determinati princípi generali.

Se il Tribunale del Reich ritiene, inoltre, che, nell'ipoteca del terreno con la servitú a favore del comune, si verifichi un parziale esproprio, e che questa espropriazione parziale abbia luogo per l'iniziativa pubblica dell'apertura o ampliamento di strade e piazze, allora risulta qui del tutto evidente che il nuovo concetto di esproprio non trova piú un limite di fronte a quello della limitazione di diritto pubblico. Anche qui, come in cosí tante altre sentenze, manca ogni dimostrazione di un concreto atto di cessione. Proprio il caso che la proprietà del comune debba essere ceduta è inteso nel paragrafo 13 comma 1 e nello stesso comma 2 come espropriazione e dunque da indennizzarsi. Nel caso presente, non si è, tuttavia, avuto né un esproprio né una limitazione, anch'essa tenuta all'indennizzo, *a favore di una determinata iniziativa*. Solo tramite una estensione di entrambi i concetti, era possibile costruire qui un esproprio. Conformemente a ciò, però, ogni limitazione di diritto pubblico è un'espropriazione, se ci si associa alla veduta, qui rappresentata in questa sentenza, sul concetto di impresa. Impresa non significa piú qui una porzione circoscritta dell'amministrazione pubblica, bensí ogni attività di enti pubblici *tout court*. Giustamente, tuttavia, la connessione necessaria tra atto concreto di cessione e iniziativa pubblica consiste nel fatto che per un'impresa pubblica non si può fare a meno di una cosa determinata e questa le dev'essere fornita come capitale d'esercizio o materia prima, mentre il dato caratteristico della limitazione di diritto pubblico è che essa

serve una pluralità indefinita di persone. A ciò non si può obiettare che il comma 2 dell'articolo 153 della Costituzione del Reich si serve anch'esso di quella terminologia generica. È dimostrabile che con questa terminologia non si intesero mai limitazioni di diritto pubblico. Inoltre, il concetto di ' bene della collettività ' non significa qui un'opposizione al termine ' iniziativa pubblica determinata ', bensí significa solo l'opposizione di ' pubblico ' e ' privato '. Questa coppia di opposizioni non ha, tuttavia, nulla a che fare con la questione di quali limitazioni di proprietà cadano sotto il concetto di esproprio. Il Tribunale del Reich ha anche inutilmente cercato di armonizzare la sua sentenza con la sentenza, qui menzionata, della Corte suprema. Là, si dice espressamente che deve restare al legislatore di regolare in generale il contenuto e i limiti della proprietà, di determinare in generale i diritti ammessi in terreni e le premesse del loro sorgere, senza che a tal riguardo egli possa essere intralciato da un obbligo all'indennizzo. Si dice là, inoltre, che questo diritto gli è espressamente riservato nell'articolo 153 comma 1 della Costituzione (RGZ 124, appendice paragrafo 33 in fondo).

La ragione piú profonda di quella sentenza del Tribunale del Reich che senza dubbio supera di gran lunga per importanza e significato pratici tutte le sentenze pronunciate fin qui su questa questione, sta nel fatto che questa Corte, cosí come una gran parte della dottrina, non ha messo sufficientemente in chiaro né il rapporto dell'articolo sull'esproprio della Costituzione di Weimar con gli articoli sull'esproprio delle precedenti costituzioni, né il rapporto tra il comma 1 e il comma 2 dell'articolo 153. In questo caso specifico, va ancora aggiunto che essa non ha trovato necessario occuparsi del comma 3 dell'articolo 155 [12], in cui si dice esplicitamente: « L'aumento di valore della terra che insorga sul fondo privo di un impiego di lavoro o di capitale, è da rendersi utilizzabile per la collettività ». Noi crediamo che sarebbe valsa la pena di mettere alla prova la legge sull'allineamento e la prassi, ad essa riferita, delle città, anche da questo punto di vista, e di prendere ampiamente in considerazione le relazioni economiche, cosí come ha fatto in maniera esemplare la Corte d'appello. Ma, anche se si prescinde da ciò, da questa sentenza risulta molto evidente che il Tribunale del Reich conferisce alla categoria di proprietà un significato che difficilmente può esserle confacente secondo il senso della Costituzione del Reich. A questo proposito, tale sentenza va ancora ben oltre le sentenze precedenti. Leggendo tra le righe, da quelle si poteva ricavare solo che l'articolo sulla proprietà della Costituzione weimariana era da paragonarsi all'articolo 9 del-

[12] Sul comma 1 dell'articolo 155 della Costituzione cfr. *RGZ.* 116, pp. 273-4.

la Costituzione prussiana del 1850. Questa sentenza, però, fa consapevolmente ancora un ulteriore passo indietro. La legge sull'allineamento, dal 1875 al 1918, sotto l'influsso dell'articolo 9 della Costituzione prussiana, non è mai stata considerata come contraddittoria con questa, e la Corte suprema è costretta a constatare esplicitamente nella sua sentenza che, nella discussione della legge sull'allineamento, nell'anno 1875, nella Camera dei deputati prussiana ha dominato l'opinione che l'obbligo del proprietario a lasciare non edificate determinate aree destinate per l'avvenire a strade e piazze, dovesse considerarsi una limitazione legale della proprietà, che — in quanto tale — non doveva produrre alcun diritto all'indennizzo. Da ciò, allora, dev'essere tratta la conclusione che l'articolo sulla proprietà della Costituzione prussiana del 1850, per quanto riguarda la tutela della proprietà non è andato cosí in là come la nuova Costituzione. Una tale giurisprudenza non può essere giustificata sul terreno della Costituzione vigente; essa può trovare la sua fondazione solo in determinate finalità di politica del diritto che non hanno trovato nella Costituzione di Weimar espressione alcuna. Il principio che il concetto di esproprio non venga determinato dalla situazione giuridica del 1919, ha certo, nella giurisprudenza della Corte suprema, il senso che i tribunali non sono tenuti a riconoscere in futuro come giuridicamente efficaci determinazioni considerate valide prima della nascita della Costituzione di Weimar; ma il senso piú profondo di questo principio — e la ha esposto brevemente, con piacevole chiarezza, Morstein Marx in una recensione [13] — è quello che non sono le intenzioni

[13] « Archiv des öffentlichen Rechts », vol. 18, fascicolo 2, pp. 276-82. Quando Morstein Marx ricorda che il principio di esproprio contro indennizzo non è né assolutamente collettivistico né particolarmente individualistico, bensí è piuttosto un semplice principio di equità (*op. cit.*, p. 270), si può concordare con lui nella limitazione, qui sostenuta, del concetto di esproprio. Resta, però, non chiarita, in Morstein Marx, proprio la questione principale di dove risiedano i limiti dell'istituto di esproprio. Di questa definizione oggi non si può fare a meno di fronte alla giurisdizione e alle aspirazioni di molte cerchie di gruppi di interesse. Ciò vale tanto piú in quanto, dall'espansione dell'ambito di potere della proprietà in seguito alle modificazioni strutturali economiche e tecniche, vengono tratte false conclusioni riguardo a un mutamento dei presupposti del concetto di esproprio. Al mutamento del concetto di proprietà, che sta nella sfera privata, non corrisponde però in Germania alcun mutamento generale delle corrispondenti concezioni pubbliche. Il tipico parallelismo dello sviluppo della giurisprudenza tedesca della Corte suprema e di quella della Suprema corte federale degli Stati Uniti, raccomanda la questione se a tal riguardo la Corte suprema non trascuri la fondamentale differenza tra le concezioni tedesca e americana del rapporto Stato-società (la concezione nordamericana è tracciata in Kröner: J. R. Commons, Jena 1930, e nel saggio ancora incompleto di Vögelin sul concetto di proprietà in Usa, in « Archiv für angewandte Soziologie », a. 2, fasc. 4).

della Costituzione weimariana, bensí le finalità politico-sociali di volta in volta dominanti a determinare la misura e l'estensione della tutela della proprietà. Qui, la giurisprudenza della Corte suprema confluisce nella generale rinascenza dello Stato di diritto borghese, la quale però manca il suo scopo, poiché crede di potersi porre ad ostacolo con l'aiuto di un'ampliamento senza limiti dell'istituto tecnico-giuridico dell'esproprio, sul cammino di un'ulteriore evoluzione sociale della Germania. Per ora, tuttavia, la parola è al legislatore. Egli dovrà esaminare accuratamente tramite quali provvedimenti possa essere impedito che le disposizioni legali siano intralciate dalla giurisprudenza dei massimi organi giudiziari. Per quanto riguarda il presente caso della legge sull'allineamento, sarà certamente necessaria una legge speciale che escluda i diritti d'indennità che potrebbero esser fatti valere, contro le città, con effetto retroattivo dall'anno 1919 per l'ammontare di centinaia di milioni di marchi. Inoltre, il legislatore — altra istanza non è in causa, dopo questa sentenza — dovrà emanare al piú presto la legge sulle aree fabbricabili, nel frattempo elaborata dal ministero del lavoro: legge che regola questa materia, cosí come è richiesto dall'interesse pubblico. In linea di principio, si deve prendere in considerazione se una definizione legale della differenza tra esproprio e limitazione di diritto pubblico della proprietà, che dovrebbe trovare il suo posto nella legge sull'esproprio (che è assolutamente necessaria per altre ragioni), possa porre fine alla giurisprudenza avutasi fin qui del Tribunale del Reich. Naturalmente, sarebbe problematica una mera disposizione legale di questo contenuto, la quale non comportasse un mutamento costituzionale, poiché il Tribunale del Reich potrebbe esprimere il parere che una tale definizione legale contravviene l'articolo 153 della Costituzione.

Per il momento, la sicurezza migliore consisterà nel far uso, in tutte le singole leggi che da una qualsiasi cerchia di interessati possano eventualmente essere ricondotte nell'orizzonte dell'esproprio, della facoltà concessa dall'articolo 153, comma 2, capoverso 2, e nell'aggiungere una disposizione particolare: « Un indennizzo, finché non venga espressamente concesso in questa legge, è escluso ».

L'articolo 48 e le trasformazioni del sistema costituzionale. Un contributo nell'anniversario della Costituzione (1930)

Un anno fa, con un dispendio considerevole di mezzi materiali e uno molto scarso di mezzi spirituali [1], si è festeggiato il decimo anniversario della Costituzione. Già allora, in questa sede, si sostenne che i fondamenti della Costituzione weimariana non potevano quasi piú esistere nella misura in cui si era inclini ad ammettere fin dentro alle file del Partito socialdemocratico. Molti socialdemocratici stanno oggi ancora perplessi davanti a quel mutamento pressoché inspiegabile che si è compiuto, nel giro di un mezzo anno, in coloro che condividono l'idea costituzionale di Weimar, nei partiti borghesi di centro. Non vogliono credere che l'amata coalizione dei partiti costituenti di Weimar sia sciolta per sempre. Ci si arrangia a spiegare le trasformazioni organizzative nella composizione della borghesia, che hanno provocato una completa cancellazione dei momenti là precedentemente percepiti come momenti di divisione, col fatto che si vede qui un'unione congiunturale di tutta la borghesia allo scopo di superare, sulle spalle dei lavoratori, una straordinaria crisi economica; si spera che il superamento della crisi abbia come conseguenza anche il ripr'stino della comunità di lavoro borghese-proletario. Prescindendo dal fatto che il superamento della crisi è un concetto già in sé stesso altamente problematico, si è cosí ulteriormente trascurato il fatto che la comunità costituzionale borghese-proletaria del 1919 è servita innanzitutto a uno scopo concreto: alla liberazione esterna della Germania con i mezzi

[1] Ci piace richiamare l'attenzione sul fatto che Hugo Sinzheimer, nella sua cronaca davvero raccomandabile, contenuta nella *Justiz*, già nel 1929, dopo il vuoto discorso commemorativo di Severing, aveva indicato con estrema franchezza la problematica del puro formalismo della professione di fede repubblicana [cfr. H. Sinzheimer-E. Fraenkel, *Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik*, introduzione di O. Kirchheimer, Neuwied und Berlin 1968].

di una pacifica politica d'intesa. Noi crediamo che non sia un caso se la riorganizzazione in campo borghese fu compiuta allorché quello scopo fu raggiunto.

Fino alla conferenza dell'Aia, a guardare dal di fuori addirittura fino alla evacuazione della Renania, in Germania ha governato una coalizione segreta. Era la coalizione dell'intesa di politica estera, che, nonostante l'esistenza di un gabinetto di diritto, ha ostacolato lo sciovinismo dei nazionaltedeschi (*Deutschnationalen*), e, sostenendo la socialdemocrazia, ha intralciato la loro linea di politica interna. Nemmeno sei mesi dopo che il vestibolo della politica estera tedesca si è sbarazzato dai residui della fastidiosa coercizione, la comunità dei partiti di Weimar si è sciolta. Sarebbe una speculazione oziosa, per non dire inopportuna, se si volesse ricostruire la comunità di lavoro borghese-proletaria su nuovi compiti comuni di politica estera da difendere contro i nazionalisti. Anche nell'ambito della politica estera domina una legge dialettica; praticando una politica d'intesa per la pace e per la ricostruzione della Germania, la socialdemocrazia ha perseguito con piena consapevolezza l'inserimento della Germania nelle file delle grandi potenze capitalistiche. Una volta che la Germania ebbe riguadagnata la sua libertà d'azione, gli scopi della sua politica estera non erano piú gli stessi. Per la socialdemocrazia l'intesa può ben essere stato uno scopo santo, per la borghesia poteva essere soltanto un mezzo.

Il fatto che nel 1930 per la prima volta chiaramente la parte di gran lunga maggiore della borghesia si sia accordata non solo sulla linea di politica interna ma anche su quella di politica estera, con una intensità comunque comprensibile a motivo della crisi, ha completamente mutato — per quanto strano ciò possa sembrare — i fondamenti del nostro sistema costituzionale. Che la posizione di potere sempre piú crescente in politica interna della borghesia abbia prodotto caratteristiche involuzioni nei piú diversi luoghi del diritto costituzionale, è a noi tutti noto. Si deve qui ricordare solo il piú significativo mutamento nella posizione di potere della magistratura, che toglie di mano al Parlamento in misura crescente la sua arma, la legge, e impone il suo diritto particolare, il diritto della borghesia tedesca. Anche questo è un fenomeno lungamente osservato: che il Parlamento, poiché non si è mai presentato per cosí dire come « unum corpus christianum », bensí fu sempre un accampamento in lotta di vari gruppi dovette cedere una gran parte della sua autorità alla burocrazia, e sul terreno della legislazione (si ricordi qui solo la riforma del diritto penale) — dal punto di vista meramente oggettivo, non politico — non fece ciò che ci si aspettava da lui. Tuttavia, non era questa la cosa decisiva. Finché socialdemocrazia e borghesia s'incontrarono davvero continuamente sul terreno parla-

mentare per un lavoro comune, ci fu almeno un po' di democrazia. In parte, compiti sociali condussero a quella serie di compromessi sempre rinnovati, che solo erroneamente nella nostra epoca sono stati considerati come caratterizzazione propria della democrazia; al contrario, i compromessi erano solo la conseguenza logica di questi compiti sociali, con la rimozione dei quali essi divennero privi d'oggetto. Questi compromessi, in una ideale prosecuzione dell'opera costituzionale weimariana, condussero al fatto che si fece scrupolosa attenzione a non opprimere mai l'avversario politico, e in ogni lavoro parlamentare si lasciò fin dal principio spazio d'azione tale che anche all'oppositore poteva essere concesso qualcosa — fosse egli o meno formalmente compagno di coalizione.

Qualcosa di essenzialmente diverso sta, ora, da circa sei mesi a questa parte, nel fatto che si è definitivamente chiuso col metodo delle reciproche concessioni. La borghesia si costituisce anche nel Parlamento come classe unitaria. Con ciò viene contemporaneamente a mancare una delle piú importanti funzioni del Parlamento: l'infinitamente difficile e tormentata composizione di questi compromessi; da ora in poi, la funzione del governo diventa tutt'altra. Fin qui, governo e Parlamento erano strettamente uniti, entrambi impegnati nel comune lavoro di compromesso che si realizzava sul terreno del parlamento. Adesso, invece, il governo diventa autonomo rappresentante della borghesia accanto ai suoi gruppi parlamentari. La parola che il ministro delle Finanze Dietrich proclamò nell'ultima seduta del Reichstag e che tutta la stampa borghese riporta come straordinariamente impressionanti. « La questione è ora, se i tedeschi siano un mucchio di gruppi di interessi oppure uno Stato », caratterizzano questa situazione. La borghesia passa ad identificare se stessa e i propri interessi con lo Stato, e a tal scopo non abbisogna piú del Parlamento. Su questa strada è, tuttavia, quantomai difficile servirsi, come ausilio, della legge, poiché per questo sarebbe necessario che non solo la borghesia ma anche i gruppi parlamentari borghesi si fossero già costituiti in unità. Lo sviluppo del dominio borghese, tuttavia, non può attendere che la tecnica di dominazione borghese sul terreno parlamentare si sia adeguata ai mutati rapporti.

In questa situazione, si è offerto alla borghesia tedesca l'articolo 48. Da parte socialdemocratica, nell'ultima seduta del Reichstag, per bocca del portavoce del gruppo, il deputato Landsberg, si è già fatto notare che i decreti fiscali del governo Brüning, per la loro natura, si differenziano dai casi di applicazione dell'articolo 48 fin qui verificatisi. Landsberg ha dato la motivazione costituzionale di ciò; ha richiamato l'attenzione sul fatto che sia le premesse — cond'zioni di emergenza della nazione e del Reich —

come pure l'approvazione di questi decreti, secondo le votazioni della commissione, facevano difetto, e che le ordinanze, alla lontana, rivestirebbero il carattere di leggi permanenti, non di misure di emergenza. Questo è giusto; tuttavia noi riteniamo che vada ancora aggiunto un momento ulteriore che muta completamente la situazione. I casi di applicazione avutisi fin qui dell'articolo 48 restavano nella serie di quegli espliciti o taciti compromessi tra socialdemocrazia e borghesia. Indipendentemente dal fatto che la socialdemocrazia, in ogni singolo caso, avesse o meno giustamente agito dal punto di vista di una considerazione proletaria, fu tuttavia decisivo che nessuno di questi casi di applicazione dell'articolo 48, negli anni del dopoguerra e dell'inflazione, ebbe luogo contro la volontà dichiarata della socialdemocrazia tedesca. L'attuale applicazione dell'articolo 48, avvenne non solo contro la socialdemocrazia, bensí, come l'ultima votazione al Reichstag ha mostrato, anche contro una maggioranza indubbiamente disomogenea, derivante dai piú diversi motivi: dalla volontà di mantenimento della democrazia e dalla volontà del suo definitivo abbattimento. Passando sulla testa del Parlamento, trascurando le possibilità d'intesa con la socialdemocrazia la quale continuava a credere che non fosse ancora finito il tempo di quei compromessi, il governo si è identificato, indipendentemente dal Parlamento e con indifferenza rispetto alle decisioni della sua maggioranza, con i ceti borghesi possidenti. La prova rinnovata di quella identificazione la sperimenteremo in questi giorni, quando le ordinanze di emergenza, che la maggioranza della nazione ha respinto, festeggeranno una gaia rinascita.

La Costituzione di Weimar assunse come punto di partenza quel compromesso 'che sostiene lo Stato' ('*staatserhaltender*' *Kompromiss*) tra borghesia e socialdemocrazia. La borghesia ritenne necessario questo compromesso solo finché credette di non poter fare a meno della socialdemocrazia per il mantenimento del suo Stato. La democrazia del compromesso si è mutata nella democrazia dei campi nemici. La socialdemocrazia, che — come sappiamo dall'opinione unanime espressa dal Congresso di Magdeburgo — intende condurre l'imminente scontro elettorale non sul terreno delle promesse bensí su quello della realtà, non dovrà, inoltre, lasciar sorgere dubbio alcuno nei suoi sostenitori riguardo al fatto che il tempo dei compromessi è passato ed è iniziato il tempo dell'autoconservazione che mantiene lo Stato.

Garanzia di proprietà nella Costituzione del Reich e giurisprudenza (1930)

Karl Renner, nel suo libro sugli istituti giuridici del diritto privato[1] ha seguito attentamente il contenuto reale della proprietà attraverso tutto il mondo delle forme giuridiche.

In ciò ha mostrato quanto la reale struttura economica in ogni singolo campo si sia allontanata dal significato originario che era stato connesso con le formule giuridiche, fino a trasformarsi addirittura nel suo contrario, e quale ruolo abbiano qui giocato gli istituti di connessione del diritto pubblico.

Solo in pochi casi è finora subentrato un mutamento di norme che abbia tenuto visibilmente conto dello spostamento dei fondamenti economici; si deve invece piuttosto constatare che anche le nuove finalità economiche si servono delle antiche usuali formule giuridiche, piuttosto che notificare chiaramente i mutamenti subentrati in nuove normative. Questo è un dato di fatto che non è solo da ricondurre alle questioni dipendenti dal complesso del finanziamento, le quali proprio oggi sono particolarmente impellenti, ma che trova la sua causa piú profonda nell'inerzia del mondo delle forme giuridiche. Di fronte a questo stato di cose, non desta meraviglia che proprio l'articolo sulla proprietà della Costituzione di Weimar sia piú problematico di quanto pensino molti giuristi i quali o lo paragonano con quelli storicamente precedenti dell'ultimo secolo, oppure lo vogliono imputare ad una determinata costituzione economica ancor oggi dominante, quella capitalistica. Il concetto di proprietà non è solo il nocciolo di tutte le istituzioni di diritto privato; ad esso — per lo meno dall'epoca in cui la proprietà privata individuale dei mezzi di produzione non è piú una cosa ovvia — da quella possibile pluralità di significati che possono essere propri della garanzia

[1] K. Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Tübingen 1929 [trad. it., Bologna 1981].

di proprietà, si addicono come ovvi solo quelli che vedono in essa una garanzia del sistema economico capitalistico stesso. Inoltre, è in sé già pericoloso impegnare troppo spesso terminologie giuridiche tradizionali in questioni politico-economiche attuali; per lo meno ciò appare inappropriato in un paese nel quale (non come nell'orizzonte giuridico angloamericano) vi sono relativamente poche disposizioni in realtà piú con contenuto normativo storico-politico che giuridico. In questo ambito giuridico un ristretto numero di norme sostituisce un intero sistema giuridico. Dove però, come da noi, ogni ambito economico e sociale conosce la propria particolare normativa sistematico-giuridica, ogni singolo concetto giuridico può essere utilizzato solo nel suo ' dominio '; un significato metagiuridico che vada oltre a ciò, deve di necessità rimanere estremamente problematico, poiché un principio dedotto da ciò cadrebbe nel pericolo d'essere contraddetto in molti casi dalla concreta regolamentazione giuridica.

La proprietà stessa è un concetto giuridico oggi fissato. Esso significa — e su questo non sussiste alcuna controversia tra autori socialisti e non socialisti — un diritto di dominio esclusivo su oggetti [2]. Che la Costituzione non garantisca questo concetto di proprietà è altrettanto poco discusso, poiché una Costituzione non si occupa affatto di figure tecnico-giuridiche, bensí le presuppone esistenti e le assume. A ragione, perciò, si è osservato che questa definizione ha la stessa validità per un ordinamento sociale comunista come per uno capitalistico. Infatti a tal riguardo, la proprietà è un concetto puramente formale che non esprime nulla sui possibili e reali rapporti di dominio. Questa constatazione sarebbe piú ovvia e perciò inconsistente, se l'articolo 153 della Costituzione del Reich nel suo comma 3, con l'espressione « La proprietà obbliga. Il suo uso deve contemporaneamente servire al maggior bene comune », non avesse dato adito ad obiezioni contro la comune definizione di proprietà. Questa concezione che non contiene alcun obbligo giuridico del proprietario, bensí una continua sollecitazione morale ad ogni proprietario perché nell'uso concreto della proprietà miri ad un successo finale moralmente sostenibile, rileva influssi cattolici e del diritto tedesco.

Proprio nei tempi piú recenti, in campo cattolico si moltiplicano le voci che sostengono l'esistenza di un concetto di proprietà specificamente cristiano da contrapporre ad uno ebraico-pagano. La tendenza — rivolta in fondo contro il sistema economico capitali-

[2] Vedi accanto al socialista Renner, Stammer nel suo articolo, *Eigentum und Besitz*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaft*, oppure il manuale molto usato di M. Wolff, *Sachenrecht*.

stico — di questi nuovissimi autori riformisti, come sono definiti in campo cattolico, merita considerazione [3]. Ciò non impedisce che questa contrapposizione, cosí come viene proposta particolarmente nell'*Oeconomia perennis* di Orel (un libro che è molto importante in quanto sintomo dell'epoca, il cui valore confessionale però supera di gran lunga quello conoscitivo), non sia giusta. Sicuramente, il concetto di proprietà quale quello che noi oggi abbiamo rigidamente sviluppato, nel Medioevo non è esistito; ma non è esistito nemmeno nell'antica Ellade che pure è stata la culla del paganesimo. Ciò ha rilevato con estrema chiarezza Hasebroek nel suo libro *Staat und Handel im altem Griechenland*, nel quale ha espressamente sottolineato la decisione e le correnti determinazioni politiche della vita economica [4].

Medioevo e antichità conoscevano molto bene singole istituzioni di diritto privato; ma visto che mancava loro una organizzazione unitaria secondo punti di vista puramente economici, e la posizione politica e di ceto del singolo era determinante per l'acquisizione, possesso e perdita di tutti i beni terreni, neppure qui poteva sorgere il moderno concetto di proprietà. Poiché questo presuppone una misura piuttosto grande di automatizzazione e razionalità d'uso dei titoli di proprietà, ed è sorto in realtà solo nel momento in cui la capacità d'astrazione giuridica romana s'incontrò con gli inizi della moderna produzione di merci. A tal riguardo, può rimanere in sospeso la questione se i precetti di San Tommaso per l'ordine corporativo del medioevo, in cui non vi era una classe non-possidente, potessero a ragione sollevare la pretesa di formare una vasta regolamentazione della ' questione sociale ' medioevale. Esse consigliavano

[3] In primo luogo è da citare il libro di Orel, *Oeconomia perennis*, Wiesbaden 1930. Accanto a questo si raccomanda il coraggioso articolo di M. Laros *Eigentum und arbeitsloses Einkommen*, in « Hochland », fascicolo del novembre 1929. Una continua discussione su questo complesso di questioni ha luogo nella rivista cattolica « Schönere Zukunft ». In ciò, in tutti gli onesti sforzi per la fondazione teorica di un nuovo ordinamento sociale, due religiosi come Nell-Breuning e Horvath non vanno molto oltre una svalutazione teorica del capitalismo liberale, che pongono sullo stesso piano del socialismo, mentre i curati, come Laros, piú vicini alle miserie dell'esistenza quotidiana, mostrano un atteggiamento già piú positivo.

[4] J. Hasebroek, *Staat und Handel im alten Griechenland*, Tübingen 1928. Nella premessa (p. VII) afferma esplicitamente: « Una produzione nazionale, o un ceto di produttori nazionali con i propri interessi materiali non sono mai stati decisivi per la politica statale della *polis* autonoma; e nessuno Stato all'epoca dell'indipendenza ellenica ha mai pensato alla protezione o al supporto di un lavoro nazionale sostenuto da una borghesia statale, tramite acquisizione e mantenimento di mercati esteri o locali. Poiché, come tutta la vita politica, nell'antichità anche tutta la vita economica, e con essa tutto il lavoro, poggiano sul potere ».

insistentemente al proprietario un uso onesto, che piacesse a Dio, del suo bene, datogli da Dio, secondo la dottrina della Chiesa, solo per amministrarlo. I cosiddetti autori riformisti dichiarono che oggi non è piú importante la questione di come venga usato il bene concreto, bensí è importante quella della distribuzione della proprietà.

Essi riconoscono l'impossibilità della trasmissione, ai tempi attuali dei princípi ecclesiastici per l'uso della proprietà, ed essi stessi convengono che il comandamento d'amore e giustizia e di aiuto ai poveri — che la scuola cattolica tradizionale cita cosí volentieri come prova della concezione sociale della proprietà della Chiesa cattolica — con la sua pretesa d'essere punto centrale di un ordine sociale cristiano è stato legato al mondo sociale del Medioevo. Questo atteggiamento significa comunque un progresso — il cui significato non è da sottovalutarsi — che porta già di per sé alla critica di principio e alla negazione del capitalismo e alla ricerca di collaborazione per la dissoluzione di questo sistema [5].

Con ciò, d'altra parte, diviene evidente che la dottrina cattolica del vincolo sociale della proprietà non può pretendere, nell'epoca attuale, alcuno spazio nell'interpretazione del concetto di proprietà. Questa dottrina — altrettanto poco come la scuola giuridica tedesca di diritto privato di Otto von Gierke [6], che vuole annullare il risultato di un processo di sviluppo che si estende attraverso secoli a favore di un ordine del diritto privato limitato in se stesso — è in grado di rispondere alla questione sul reale significato dell'istituto della proprietà e quindi sulla garanzia della proprietà nella Costituzione. Il vincolo morale della volontà concreta del proprietario nell'uso della proprietà è senza oggetto. La raccomandazione del

[5] Certamente a ciò si contrappone la posizione cattolica conservatrice, che con rara chiarezza ci si presenta nell'articolo di van Meer, *Statischer oder dynamischer Eigentumsbegriff*, in « Hochland », marzo 1930. Lí si trova il principio classico: « Una proprietà acquisita correttamente non è mai in contraddizione con la volontà di Dio ». L'obbligo dell'elemosina rimane per lui ancor oggi il fondamento dell'ordine sociale cattolico. Da questo punto di vista, sarebbe comprensibile che l'autore passasse alla condanna delle limitazioni della proprietà effettuate davvero in gran misura. Tuttavia, stranamente qui egli si rifà al giuridico-formale e sostiene le sue tesi con la contrapposizione di diritto pubblico e diritto privato. In fondo, quella posizione cattolico-conservatrice, che non muove nella formulazione della problematica economica dalla prevalenza di un ordinamento economico sugli altri, poggia su una concezione fondamentalmente pessimistica della natura umana, e la dottrina del carattere peccaminoso rimane anche in questo autore l'argomento piú determinante quando si riferisce espressamente al I libro di Mosè per sostenere l'immutabilità del nostro ordinamento attuale sulla proprietà.

[6] Vedi in particolare lo scritto di Otto von Gierke che critica il progetto di Codice civile: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889.

comma 3 dell'articolo 153 non può illudere sul fatto che il concetto di proprietà che sta alla base della Costituzione di Weimar esclude un vincolo sociale della proprietà, per quanto ancora cosí simpatetico. Rilevante e sintomatica per la situazione spirituale in cui si forma la Costituzione di Weimar rimane, come sempre, il fine. Poiché questo principio sta in una contraddizione immanente con il complesso dell'ordinamento economico liberale e con la sua concezione di proprietà; per questa, un principio siffatto, rigorosamente assunto, deve risultare contraddittorio, poiché consiglia al singolo una particolare finalità nell'uso dei suoi beni. Visto che questa finalità probabilmente, e nell'attuale ordinamento economico in modo molto verosimile, è al di fuori della cerchia dei suoi interessi personali, quella formulazione significa nello stesso tempo la negazione di un'idea di armonia risultante di per sé autonomamente dal perseguimento degli interessi privati.

Se lo stesso concetto di proprietà non possiede alcun limite, ci si chiede se la Costituzione concreta nel suo articolo sulla proprietà abbia posto limiti, e se essa si escluda dall'assolutezza del dominio della proprietà e gli si opponga come potere proprio. Il rapporto tra proprietà e Costituzione è tale che la Costituzione con la garanzia vuole garantire un determinato ordinamento sociale? Oppure la Costituzione vuole avere libero gioco di fronte alla proprietà e opporsi solo tramite massime procedurali ad un eventuale arbitrio amministrativo contro il singolo? Oppure collega l'una cosa all'altra; vuole sanzionare, andando oltre la garanzia procedurale, un determinato ordinamento economico, creando nei tribunali una particolare procedura di verifica per tutte le ingerenze nella sfera privata? L'interpretazione che il quattordicesimo emendamento della Costituzione dell'Unione ha avuto nella giurisprudenza della Suprema Corte federale e dei tribunali degli Stati in realtà ha collegato insieme entrambi questi ragionamenti. Il significato della parola ' proprietà ' nella frase « Nor shall any state deprive any person, of life, liberty or property, without due process of law » * ha conosciuto a partire dalla fine dello scorso secolo una significativa trasformazione nella giurisprudenza dei Tribunali supremi. Da diritto di dominio esclusivo del *frontier* sulla sua proprietà terriera all'epoca coloniale, è diventato il concetto centrale dell'ordinamento economico capitalistico. Con ciò, però, furono fatti saltare i confini dell'intelligibilità giuridica, e al posto di un concetto di diritto di proprietà subentrò il concetto centrale di ' *opportunity* '. Si iniziò ad inserire nel concetto di proprietà tutte le *chanches* e possibi-

* « Nessuno Stato dovrebbe privare una qualsiasi persona della sua vita, della sua libertà o della sua proprietà senza il dovuto processo ».

lità economiche, a considerare accanto ai valori del presente anche i valori del futuro, che lo Stato dovrebbe poi rispettare e proteggere. Effettualità e diritto confluiscono in uno e con essi valore presente e speranza futura. Se però la protezione è estesa a tutto ciò che possiede valore di scambio, allora la determinabilità giuridica del diritto di proprietà dovrebbe sopportare notevoli danni a favore dell'utilizzabilità economica. Allorché Commons[7] constata che quando oggi i tribunali si occupano di questioni *pubblicistiche* di proprietà debbono essere verificati dal tribunale sia lo scopo (*purpose*) della legge che la procedura stessa, una tale giurisprudenza presuppone un'interpretazione unitaria della concezione economica che sta alla base delle sentenze previste. Qui, in realtà, il quattordicesimo emendamento non è soltanto fondamento giuridico di una determinata concezione economica, bensí, ben al di là di questo, mezzo per la sua realizzazione. Naturalmente, da ora innanzi '*due process of law*' non può piú avere il significato di mezzo di appello del singolo danneggiato senza fondamento legale dall'arbitrio dell'amministrazione, perché non ha piú importanza se venga colpita la proprietà di un singolo o la '*opportunity*' di parti della popolazione; piuttosto, d'ora innanzi, significa che ogni determinazione giuridica dei rapporti economici e sociali di cerchie della popolazione (poiché non si tratta piú della proprietà concreta) sottostà al '*process of law*'. Questo, però, non è piú un procedimento tecnico-giuridico — visto che la verifica non concerne alcuna questione di diritto — bensí appunto la delimitazione di sfere di potere[8] nella quale il giudice possiede libertà di giudizio (*discretion*) pari a quella del legislatore e del funzionario amministrativo[9]. Perciò negli Stati Uniti, in tutto l'ambito della politica economica e sociale, accanto agli organi legislativi esiste ancora istanza autonoma; la premessa della sua efficacia e quindi della determinazione da essa intrapresa dell'ambito della proprietà, poggia sul possesso comune negli Usa ancora abbastanza saldo[10], di rappresentazioni del successo economico, che sono in grado di minimizzare ancor oggi reali contrasti di classe in meri conflitti d'interessi. Con ciò, le istanze legislative e i partiti in esse determinanti sono definiti

[7] J. R. Commons, *Legal foundations of capitalism*, New York 1924.

[8] Cosí scrive Charles Beard nel suo libro *The rise of american civilisation*, vol. II, p. 343: « The question of the reasonableness of rateois ultimately a judicial question requiring for its determination due process of law and due respect for the rights of property guaranteed by the XIV. amendment ».

[9] Vedi sulla questione della discrezione giudiziaria, le istruttive considerazioni in Commons, *op. cit.*, p. 357 e seguenti. Le categorie lí usate e le differenziazioni di 'estortion' fino a 'confiscation' sono certo tutte pensate in forma d'economia privata.

[10] Ch. Lütkens, *Staat und Gesellschaft in Amerika*, Tübingen 1929, pp. 52 ss.

quali portatori di interessi raggruppati di volta in volta differentemente, di fronte ai quali solo il '*process of law*' garantisce il raggiungimento dello scopo che l'intera nazione ritiene giusto. Se si vuol capire la trasformazione del concetto di propreità nella giurisprudenza dei tribunali degli Stati Uniti, è necessario riconoscere queste sue premesse; poiché solo esse hanno reso possibile che, in riferimento alla protezione della proprietà, i tribunali fossero in grado d'esercitare funzioni distributive per l'intero ordinamento sociale.

Certo, oggi, nella giurisprudenza della Corte del Reich è diventato consueto sostenere che i limiti posti al legislatore nell'articolo sulla proprietà della Costituzione del Reich sono piú ristretti di quelli della Costituzione prussiana del 1850, di modo che potrebbe sorgere in certo modo l'idea che questa Costituzione prussiana sia quella moderna, mentre la Costituzione del Reich sarebbe quella arretrata.

In Germania, le Carte costituzionali del secolo scorso credevano alla *ratio* della legge, perché la legge era il Parlamento e quindi la borghesia. Esse assoggettavano, dunque, anche la proprietà alla legge, poiché quest'atto di sottomissione era stato diretto temporaneamente al massimo contro i residui del feudalesimo, ma non di principio contro la proprietà borghese. Da tali punti di vista, riconobbero anche volontariamente la necessità di piú ampie limitazioni del diritto pubblico e concessero, ad esempio, nel 1875 ai comuni un diritto di allineamento di cui Corte suprema del Reich cominciò a smantellare il nocciolo nel 1930. A tal riguardo si può anche ricordare che in Germania non vi è mai stato un corrispondente del « slaughter house case », di quel caso giuridico in occasione del quale nel 1872 nella Corte suprema di giustizia degli Stati Uniti sorsero per la prima volta disparità d'opinioni sul fatto se proprietà significhi dominio su cose oppure valore di scambio. Tre anni prima il regolamento d'allora in materia di professioni e mestieri per il territorio della Confederazione germanica del Nord aveva giudicato questo caso — senza che fossero mai state espresse argomentazioni simili a quelle nordamericane — definitivamente in senso tale che debba esservi la possibilità di impedire, nell'interesse pubblico, l'esercizio privato della macellazione. E ancora dopo la nascita della Costituzione di Weimar la Corte del Reich, certo in modo molto cauto e con motivazione puramente empirica, ha giustamente negato, nell'ambito del diritto pubblico, un diritto alla piccola industria [11].

Cosí, alla nascita della Costituzione di Weimar, risultava essere

[11] Cfr. *Reichsgerichtsentscheidung in Zivilsachen*, vol. 101, pp. 289 ss.

idea indiscussa di una dottrina positivistica del diritto il fatto che la garanzia di proprietà poteva essere solo una garanzia per il singolo contro atti di esproprio individuali, e che però, al di là di questo, la garanzia di proprietà non rappresenta alcun impedimento per lo Stato, allorché la sua volontà appaia in forma di legge. La dottrina positivistica del diritto costituzionale, che metteva lo Stato in rapporto preferibilmente con la società per azioni che con la società umana, fu in grado di preporre il potere statale alla sfera della proprietà fintantoché lo stesso interesse tenne essenzialmente uniti i possessori dei due poteri. Con la Costituzione di Weimar quell'uguaglianza di orientamento degli interessi venne meno e sorse la necessità di prendere posizione contenutisticamente riguardo alla questione se l'articolo sulla proprietà sanzioni il sistema economico esistente. Reputiamo che la posizione della Costituzione rispetto a ciò non ammette ambiguità. Qualsiasi opinione si possa avere sul diritto costituzionale della Costituzione di Weimar, sulla sua fatale inclinazione a dilatori compromessi formali [12], nessuno potrà contestare il fatto che questa Costituzione non contenga alcuna funzione di garanzia per il sistema economico capitalistico e quindi alcuno spazio per le funzioni giudiziarie a questo riferentesi. Una Costituzione che non solo promette ai lavoratori influenza giuridica sulla sfera produttiva, ma dà anche allo Stato la possibilità di prendere in mano la produzione stessa, perlomeno manifesta che deve essere lo Stato, costituito secondo i princípi di fondazione democratica di questa Costituzione, a stabilire secondo la propria determinazione di valore il ruolo degli altri fattori. Nella misura in cui esso, secondo l'espressione dei rapporti di forza parlamentari, apre piú spazio agli uni o agli altri fattori, lo dà in proprio e non come garanzia, prevista dalla Costituzione e da essa garantita, di un principio economico riconosciuto come giusto. Per conseguenza la prima frase del comma 1 dell'articolo 153: « La proprietà è garantita dalla Costituzione » oppure, come è detto, in senso del tutto uguale ma con piú plastica espressione, nell'appello del Consiglio dei deputati: « Il governo proteggerà la proprietà da attacchi di privati », non significa alcuna garanzia per un determinato ordinamento economico, nessuna garanzia della proprietà come valore di scambio; piuttosto la Costituzione nel comma 1 proposizione 1, tutela la proprietà concreta del singolo senza riferimento al suo radicamento in un determinato sistema economico. Quando poi, piú avanti, nell'articolo 153 in riferimento alla proprietà è detto: « Il suo contenuto e i suoi limiti risultano dalle leggi », con ciò non si esprime solo il fatto che dai privati debba essere accettata

[12] C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., pp. 31 ss.

senza indennizzo una limitazione della proprietà che venga dal diritto pubblico, bensí si tiene anche conto del fatto che le leggi statali sono quelle che determinano generalmente la possibile estensione della sfera della proprietà. Quanto lo Stato possa limitare o addirittura escludere il dominio assoluto del singolo, non risulta da ciò e dipende dalla volontà del legislatore di fronte alla quale la Costituzione non prevede una garanzia. A tal riguardo *una* dichiarata garanzia tuttavia la Costituzione del Reich la contiene. In assunzione e fedele imitazione delle formule di proprietà divenute correnti a partire dalle Costituzioni della Rivoluzione francese, anche la Costituzione di Weimar tutela il singolo contro la confisca del suo concreto patrimonio. Per questo la Costituzione esige l'osservanza di determinate massime procedurali e garantisce, nel caso che una legge del Reich non stabilisca altro, un risarcimento adeguato (non completo). Se a torto o a ragione, può rimanere una questione aperta; tuttavia la Costituzione di Weimar considera, con una certa logica interna, anche la confisca di fabbriche, la statalizzazione o socializzazione cosiddetta espropriativa, come espropriazione e applica perciò ad esse le norme corrispondenti. In questo rimane però sempre fedele — come dimostra la proposizione 2 del comma 1 dell'articolo 156 — alla concezione che espropriazione significa solo la concreta confisca di beni; conseguentemente non contiene nessuna norma di risarcimento per il caso dell'assicurazione d'influenza in imprese e associazioni economiche, che spesso significa altrettanto quanto la socializzazione espropriativa. Le formule sono rimaste quelle vecchie delle Costituzioni del secolo scorso, ma il significato della garanzia di proprietà si è trasformato.

Dall'epoca delle Costituzioni della rivoluzione francese, il diritto d'espropriazione dello Stato di diritto borghese significa il correlato della incrollabilità della proprietà come premessa dell'ordinamento borghese del dominio. Su questa solida base si determina l'eccezione che trova il proprio significato e limite appunto nel fatto che questo ordinamento non si riferisce mai a sole categorie di proprietà. Nella Costituzione di Weimar la garanzia di esproprio significa il vincolo dello Stato nella considerazione del singolo; nei riguardi del singolo la sicurezza formale del diritto significa contemporaneamente giustizia materiale. E l'interpretazione della Costituzione già oggi dà quel risultato che Renner [13] raffigura come punto finale di uno sviluppo per l'ambito di dominio della proprietà. Già oggi la Costituzione garantisce ad ogni singolo il suo *suum*, il possesso di quei beni che il singolo in un superiore stadio di sviluppo culturale dell'umanità può usare, senza che questo uso di-

[13] Renner, *op. cit.*, p. 178.

venga abuso, senza che questo dominio su cose divenga dominio su persone. Infatti, questo è il significato della garanzia di espropriazione della Costituzione: ammettere senza discussioni il generale intervento legale dello Stato nei diritti privati, i quali del resto, ad una piú attenta osservazione, hanno piú carattere di *opportunities* che di diritti, e garantire all'individuo la sua sfera privata. Certo quella garanzia non è assoluta, essa non solo deve cedere quando l'interesse generale è posto nella necessità di non poter proprio fare a meno di questa determinata sfera privata, ma, cade oggi in una sempre crescente dipendenza dalla sfera generale, i cui princípi costitutivi sono determinati dalle forze dominanti nello Stato democratico.

Sarebbe stato facile alla giurisprudenza della Corte suprema tedesca, nell'interpretazione dell'articolo 153, imboccare vie, le quali, senza che la Corte del Reich venisse meno ai propri princípi, si sarebbero avvicinate al senso dell'articolo 153. Né l'articolo 153 può essere preso a punto di concentrazione di una nuova epoca di interpretazione giuridica della Costituzione — visto che già altre norme della Costituzione limitano le sfere di potere sociale ed economico [14] —, né la democrazia socialmente non omogenea della Germania, con i suoi partiti composti a seconda delle classi, contiene la possibilità di un'istanza neutrale, che possa essere autorizzata a rettificare, in virtú di una norma superiore, la legge che non è sorta da casuali conflitti d'interessi. La Corte del Reich avrebbe potuto conservare l'atteggiamento agnostico di fronte alla legge come nel XIX secolo, se si fosse richiamata, nella Costituzione di Weimar, alla legittimazione democratica di ogni legge. Rinunciò, però, sostanzialmente a questa posizione agnostica con il principio, in apparenza puramente empirico, che una espropriazione possa avvenire anche per legge.

Poiché quel principio non aveva solo il senso d'impedire un raggiramento della garanzia dell'articolo 153 comma 2, nel caso che il legislatore avesse stabilito misure riguardanti singoli casi, anziché tramite un procedimento ordinato, tramite una legge inappellabile [15],

[14] Qui si dovrebbe prendere in considerazione tutt'al piú un articolo ben piú ampio in ragione del suo carattere incolore e della sua irrilevanza contenutistica, come ad esempio l'articolo 151 della Costituzione del Reich. Si veda a tal riguardo, in rapporto al problema del diritto di esame giudiziario, F. Neumann, in « Die Gesellschaft », 1929, pp. 571 ss., e l'articolo di C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, nello scritto commemorativo per il cinquantenario della Corte suprema del Reich, 1930, vol. I, ora in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54*, Berlin 1958.

[15] Che ciò sia ammissibile è confutato anche da Carl Schmitt, che effettua una limitazione molto stretta dell'ambito d'applicazione dell'esproprio, ma ri-

esso doveva anche spianare la via affinché si considerino gli interventi di legge nella sfera privata generalmente con il carattere eccezionale dell'esproprio, e con una giurisprudenza abbastanza costante [16] i grandi ambiti dell'attività statale vengano costretti nello schema degli atti individuali d'esproprio con le loro condizioni risultanti dall'articolo 153, comma 2. Ciò produsse due dirette conseguenze tecnico-giuridiche. Franarono due limiti che finora erano incrollabilmente sicuri. In primo luogo la questione della delimitazione giuridica della stessa sfera di potere della proprietà, che finora in Germania non era stata mai posta in questione: dove sono i limiti tra diritto e *opportunity*? Tra sfera protetta giuridicamente e sfera di libertà economica lasciata provvisoriamente al singolo? Se l'obbligo della rimessa di valute diventato necessario in epoca d'inflazione, se l'eliminazione di superati privilegi, se la locazione forzata avvenuta in seguito a una limitazione generale, se la nuova definizione legale delle rendite di carbone rappresentano espropri, dove rimane allora la differenza tra diritto soggettivo e oggettiva situazione giuridica che oggi può essere questa e domani un'altra? Gli interessati hanno capito ben presto la logica specifica di sviluppo di quella giurisprudenza e ben presto la Corte del Reich si vide obbligata a fare tentativi di limitazione. Quando gli interessati pretesero dalla Corte suprema del Reich la dichiarazione di non validità della terza ordinanza fiscale d'emergenza della legge di rivalutazione e dell'ordinanza del bilancio-oro, la stessa Corte del Reich dovette difendere nella loro costituzionalità, con deliberazioni divenute famose, ordinamenti e nuove definizioni generali di complessi di questioni divenute assolutamente vitali, dall'attacco degli interessi, i quali pretendevano non piú solo l'espropriazione, bensí la sottrazione e la confisca [17]. Con ciò, però, è già

sulta dall'origine democratica della legge, in cui il momento 'del generale' deve essere nella sua origine e non in se stessa.

[16] Certo lo sviluppo è stato molto graduale, e ancora molto a lungo sentenze hanno considerato l'esproprio come un istituto tecnico presupposto. Ancora nel 127° volume, p. 280, si trova una sentenza assolutamente esatta del terzo senato, la quale enuncia la verità, altrimenti non rilevata dalla Corte di Stato, che il concetto di esproprio nel senso dell'articolo 153 della Costituzione prevede un atto amministrativo, che — sulla base di mandato concesso dal legislatore — è inteso alla sottrazione della proprietà in quanto tale o una delle facoltà decisionali che scaturiscono da essa. Anche la Corte di Stato per il Reich tedesco, in una delibera pubblicata nel 123° volume, non ha aderito alla giurisprudenza del Tribunale del Reich, bensí si è avvicinata piuttosto al punto di vista qui menzionato, riguardo al significato della proposizione 2, comma 1, articolo 153.

[17] Sostenitori della proprietà privata particolarmente impegnati come il consigliere del Tribunale del Reich Zeiler e il professor Krückmann di Münster, nei loro scritti hanno combattuto l'uso terminologico del concetto d'espro-

fatto il primo passo in direzione della giurisprudenza degli Stati Uniti, poiché il giudice decide quale sia una d'sposizione generale consentita e quale sia un'ingerenza, debitrice quantomeno di risarcimento, in diritti regolarmente acquisiti. In realtà, queste distinzioni sono tutt'al piú di natura graduale. Dal punto di vista del legislatore si tratta sempre di disposizioni generali, mentre ogni singolo interessato, anche se si tratta, come ad esempio nella rivalutazione, di migliaia di casi uguali, vedrà in queste misure violazioni dei suoi diritti.

In secondo luogo, però, in questa giurisprudenza non potrebbe piú sussistere la categoria, finora indiscussa, delle limitazioni di diritto pubblico della proprietà in ogni caso senza risarcimento. Poiché, se ogni intervento di legge nei diritti privati ha il carattere dell'espropriazione, allora in fondo anche la limitazione di diritto pubblico è un'espropriazione con obbligo di risarcimento. Questa conseguenza l'ha dedotta subito la Corte del Reich, pure con il rincrescimento dei comuni colpiti direttamente da tale giurisdizione, e in due note sentenze, nel ' caso del monumento ' ad Amburgo e nel ' caso dell'allineamento ' a Berlino, ha messo in questione i fondamenti finora *vigenti* della nostra edilizia urbana. Gli effetti a distanza di quella giurisprudenza riferendosi alla quale l'organo dei proprietari di case « Das Grundeigentum » ha detto che la Corte del Reich si è dimostrata nuovamente custode della Costituzione e perciò anche della proprietà privata, vanno ben oltre la specifica sfera d'influenza diretta di questa sentenza.

Da anni si può osservare come, in continua relazione con questa amministrazione della giustizia e con espresso riferimento ad essa, a progetti di legge, nei piú diversi ambiti, vengano poste grandi difficoltà, non solo da cerchie di interessati [18] ma anche dal centro

prio fatto dalla Corte di Stato, perché tramite questo sarebbe sorto il pericolo che il legislatore in casi futuri avrebbe potuto sempre far uso della facoltà data dal 2° comma dell'articolo 153 di escludere per legge l'adeguato risarcimento.

Essi perciò propongono alla Corte di Stato, con le cui tendenze di protezione della proprietà privata essi reputano d'essere in accordo, di applicare in futuro piuttosto il concetto di confisca o di sottrazione indebita ai casi rubricati dalla Corte come esproprio. Quest'ultimo sarebbe proibito dall'articolo 153, 1° comma, e con una semplice legge del Reich non potrebbe venir determinato il mancato indennizzo della violazione. L'inesattezza di questa argomentazione non ha bisogno qui di una piú approfondita spiegazione; essa mostra sempre la straordinaria tenacia delle tendenze tese alla protezione della proprietà privata.

[18] Ultimamente è apparsa sulla stampa la notizia che gli importatori tedeschi di carne congelata, a causa del divieto di importazione contenuto nella legislazione doganale, esigono per la carne congelata il risarcimento dell'esproprio con un procedimento giudiziario regolare. Non v'è alcun motivo evidente

degli organi legislativi, e come spesso esse vengono notevolmente aggravate richiamandosi a questi punti di vista. Si menzioni qui solo il progetto, diventato ora inconsistente ad opera della giurisdizione della Corte del Reich, per la legge urbanistica prussiana, che è stato duramente combattuto dalle perizie del Consiglio di Stato prussiano con gli argomenti della Corte [19]. I dibattiti nel Landtag prussiano sulla definitiva soluzione di fidecommesso come anche riguardo alle perizie, effettuate in questa materia, del professore Günther Holstein [20] eletto consulente per il congresso dei giuristi tedeschi del 1930, presentano argomenti che non sarebbero stati quasi possibili nel 1848. Ancor piú evidenti sono state le conseguenze di quell'errata concezione sulla posizione della tutela della proprietà privata nella Costituzione di Weimar, nella discussione sulla legge di regolamentazione delle piú antiche rendite statali: il progetto di questa legge presentato nel marzo 1928 al Reichstag prevedeva che rendite, che fossero state create per la rinuncia o perdita di diritti sovrani o nobiliari, o per altri diritti di sovranità o privilegi di casta di ogni genere, dovessero essere abolite senza risarcimento allo stesso modo di rendite che servivano di compenso per la rinuncia o perdita della servitú della gleba o di simili diritti da considerarsi, secondo il sentimento odierno, immorali. Stranamente, il progetto conteneva il passo in cui era detto che il disegno di legge aveva carattere di revisione costituzionale, cosa che in realtà non era vera. Ma la dominante dottrina sul concetto e condizione dell'espropriazione era diventata cosí *communis opinio*, che non solo il ministero che presentava la legge, ma anche il Reichstag, si lasciarono impressionare da essa. Poiché questo progetto di legge non ottenne i due terzi della maggioranza, erroneamente considerati necessari, a causa della presunta ingerenza — in esso contenuta — nei diritti acquisiti, vennero soppresse senza risarcimento solo le rendite per la perdita dei diritti di servitú della gleba o simili, mentre per gli altri diritti fu decisa una rivalutazione. Questa regolamentazione non solo è arretrata rispetto al trattamento che dovettero subire in Germania nel 1848 i

del perché tali richieste degli interessati, munite di perizie giuridiche, dovrebbero essere limitate alla carne congelata. Qui non si può già piú parlare di Stato corporativo, qui si deve parlare di Stato dei privilegi.

[19] Cfr. *Drucksache 3015 des Preussischen Landtags*, III legislatura, I seduta, 1928-29.

[20] G. Holstein, *Fideikommissauflösung und Reichsverfassung*, 1929. Il professor Holstein deve riferire al congresso dei giuristi se si sia prodotta la necessità di stabilire legalmente la differenza tra limitazione di diritto pubblico della proprietà ed esproprio, e come questa differenziazione sia da attuarsi. Questo supposto ' problema ' è ora sorto nella giurisdizione, la Costituzione non lo conosce.

titoli giuridici feudali, ma è anche ampiamente superata dalla legislazione della Rivoluzione francese. Per quanto anche tali argomenti non siano stati in grado di frenare il decorso proprio della legislazione, hanno tuttavia rafforzato notevolmente le spalle ad ogni genere di gruppi di interessi privati, cosa che risultò ultimamente di nuovo palese nel caso dell'accordo di liquidazione tedesco-polacco. E la sanzione, del tutto contrapposta alle tendenze della Costituzione del Reich, dell'attuale *status quo* della proprietà privata è una delle piú serie conseguenze prodotte da quella giurisprudenza della Corte del Reich. Seppure non vi è stato un riuscito impiego di questa disposizione allo scopo di impedire parzialmente una legislazione di politica sociale, come invece si è verificato in altri Stati ed è quasi impossibile che avvenga, ciò non impedisce che nella vita costituzionale degli ultimi dieci anni, l'articolo 153 sia stato impiegato in misura relativamente consistente come garante di istituzioni dell'economia privata nei confronti di nuove regolamentazioni statali d'ogni genere.

Si pone la questione se possa essere prodotta, tramite norme legislative, una situazione che corrisponda meglio al senso dell'articolo 153. All'interno di ristretti limiti non sarà certo possibile. All'impossibile giurisdizione nell'ambito della legislazione edilizia del Tribunale supremo del Reich, che soffoca pesantemente le città, si contrappone in parte il progetto provvisorio dei relatori per una legge sulle aree fabbricabili, nel quale è espressamente esclusa, per un determinato gruppo di casi, la pretesa di risarcimento. Tuttavia, questo progetto è insoddisfacente in piú di una direzione [21]. Innanzitutto non comprende tutti i casi di limitazione di diritto pubblico, e poi le sue prescrizioni sul procedimento di risarcimento, come pure le delibere sullo stesso risarcimento da garantire, non sono sufficienti e inoltre non sono al posto giusto. La delimitazione tra esproprio e limitazione di diritto pubblico, che in sé proviene dalla Costituzione, e la cui concretizzazione è stata resa cosí impellente dalla giurisdizione della Corte del Reich, appartiene ad una legge programmatica del Reich riguardante il procedimento di esproprio come pure le delibere sul procedimento di esproprio e risarcimento. Infatti, oltre alla legislazione edilizia, vi sono molti casi di limitazioni pubbliche rientranti nel diritto regionale. Ogni legge programmatica del Reich, assolutamente necessaria, sul procedimento di esproprio dovrà definire il concetto di esproprio cosí come lo hanno applicato fino ai giorni nostri tutte le leggi regionali, quale trasmissione della proprietà ad un'im-

[21] Cfr. l'esauriente discussione di questo progetto nell'articolo di R. Sachs, *Oeffentliche Bodenpolitik gegen private Bodenspekulation*, in « Die Arbeit », maggio 1930.

presa determinata che serve al bene della comunità in base ad un procedimento che poggia su una base giuridica. Piú oltre sarà da definire espressamente la limitazione di diritto pubblico quale ordinamento che con prescrizioni generali limita, in nome del pubblico interesse, la proprietà di un numero di proprietari non definito individualmente. Inoltre la risoluzione al risarcimento non potrà essere impugnata, come prevede il progetto della legge sulle aree fabbricabili, presso un ufficio annesso al tribunale civile, bensí esclusivamente presso il tribunale amministrativo. La spiacevole rigidità di una tutela della proprietà che va ben oltre la misura prescritta dalla Costituzione, ha costretto le città, in collegamento con il pieno dovere di risarcimento previsto finora dalla legge prussiana di esproprio, a pagare somme di risarcimento incredibili e inadeguate. Norme di risarcimento, come quella che nell'esproprio è da considerare il valore individuale che un terreno aveva non per uno stesso proprietario bensí per un terzo interessato all'acquisto se questo era pronto a pagare una cifra maggiore, costituiscono un Eldorado per maneggi in grande stile, nonché la spiegazione di alcuni metodi di politica fondiaria municipale altrimenti incomprensibili.

A tal riguardo, tuttavia, non ci si dovrà fare alcuna illusione che una tale legge programmatica del Reich (assai necessaria) per il procedimento di esproprio, da sola possa ripristinare su tutta la linea il senso proprio dell'articolo 153. Una tale legge porterà un miglioramento davvero indispensabile del nostro procedimento di esproprio che necessita una riforma, potrà ristabilire, insieme alla legge sull'aree fabbricabili, i fondamenti della politica fondiaria municipale, messi in crisi dalla giurisdizione della Corte suprema, e infine indurrà i tribunali ad applicare il concetto di limitazione di diritto pubblico della proprietà, non secondo la loro privata opinione, bensí secondo la volontà del legislatore che in questo caso in Germania fa affidamento su antiche tradizioni. Ma è assolutamente incerto se una definizione legale di esproprio, per quanto necessaria sia, indurrà la Corte suprema a rinunciare alla sua concezione, non corrispondente all'articolo 153, sul carattere di esproprio di interventi di legge nei diritti privati, oppure se la Corte suprema non se ne libererà mutando i concetti e usando anziché il termine esproprio, la parola confisca.

La Costituzione di Weimar nel suo insieme testimonia che la limitazione della proprietà nell'ambito individuale non tradisce il suo senso. Però, solo se lo Stato farà uso attivo di questa nuova interpretazione potrà ridimensionare tutte quelle forze che anche qui lavorano efficacemente perché il presente sia eternamente inchiodato al passato e perché ci si serva dell'eterno ieri, del diritto acquisito, contro il diritto dell'oggi.

Legalità e legittimità
(1932)

I.

Ogni sistema sociale ha l'esigenza di una certa legittimazione e, come ha detto una volta Max Weber [1], aspira a trasformarsi da un insieme di rapporti di forza fattuali in un cosmo di diritti acquisiti. Qui di seguito non si tratterà di questo impulso alla stabilizzazione giuridica, insito in ogni sistema sociale. Infatti, la pretesa di legittimazione dell'ordinamento sociale e il vigente ordinamento del potere vigente si compie nelle forme dell'ordinamento giuridico esistente. Appartiene appunto alla specifica natura di ogni ordinamento giuridico non piú feudale, non piú vincolato alla tradizione, bensí divenuto razionale, concedere all'oppositore del sistema sociale vigente una qualche *chance* a un trattamento almeno formalmente uguale, attraverso l'applicazione del diritto vigente senza riguardo alla persona. Per la garanzia di questa *chance*, è però condizione necessaria la separazione di potere legislativo e potere esecutivo, cosí come è stata introdotta nel secolo XIX in maniera piú o meno perfetta in tutti i paesi dell'Europa. Nel momento in cui questa separazione, per un periodo di tempo indeterminato, è soppressa, come accade da qualche tempo in Germania, vien meno quella *chance* formale all'uguaglianza. Ormai, il governo, che riunisce in sé i poteri, cerca di procurarsi una legittimazione che vada oltre il formale consenso del Parlamento, tentando di compensare la perdita di un indubitabile fondamento giuridico attraverso un piú forte vincolo e una piú forte obbligazione di tutto il popolo. Per tale vincolo si richiama alla propria autorità, ma in particolare a quella del presidente del Reich, alla quale attribuisce un effetto, vincolante

[1] M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, II, p. 648 [trad. it. *Economia e società*, Milano 1961].

rispetto allo scopo e all'indirizzo, su tutte le parti del popolo. Una tale pretesa di autorità che poggia su di un principio di legittimità è già stata formulata una volta all'inizio del secolo scorso, come reazione dell'assolutismo contro la borghesia rivoluzionaria. Ancor meglio di Talleyrand, un anonimo giornalista francese, nel 1814, all'epoca del Congresso di Vienna, ha espresso la caratteristica di questo principio:

Un général heureux, qui par hasard disposerait d'une armée n'est pour cela même avec la plus belle conduite une puissance, tandis qu'un roi légitime reste puissance, même dans l'exile, même dans les fers.[2]

Il potere di origine sacrale, accettato come indiscutibile, ha qui un carattere giuridico eterno. Ma, da quando il principio della legittimità monarchica ha fatto posto alla monarchia parlamentare, la legittimità non è ormai altro che un simbolo dell'ordinamento nazionale e sociale rappresentato dal governo parlamentare.

Oggi, tuttavia, si delinea in Germania il dominio di un nuovo potere legittimo. Le difficoltà di una democrazia divisa in classi, nell'attuale frangente d'impotenza dello Stato legislativo, hanno semplicemente fatto della posizione di potere dei funzionari di professione una posizione-chiave. Cosa c'è allora di piú naturale del fatto che la burocrazia cerchi di sfruttare il favore della congiuntura storica? Essa aspira a realizzare la sua posizione, che si pretende al di sopra delle classi, indipendentemente dall'alterno gioco dei rapporti di classe, e a trasformarsi istituzionalmente in rappresentante immediato, indipendentemente da ogni costellazione politica e sociale, della compagine nazionale. La legittimazione del suo dominio viene cercata nella particolare relazione di funzionari e Stato; in ciò, si crede di poter fare a meno della mediazione della sovranità democratico-popolare. Noi non crediamo che questa situazione eccezionale, la combinazione dell'impensato sviluppo e assunzione di funzioni statali con l'importanza relativa delle organizzazioni sociali di massa, possa alla lunga appianare la via del dominio di una aristocrazia burocratica. Infatti, cosí come poco alla monarchia legittima fu risparmiata la scelta tra la posizione di capo di un'aristocrazia signorile e la funzione ridotta all'interno del costituzionalismo borghese, cosí difficilmente la burocrazia resasi indipendente potrà consolidare in un durevole e autonomo dominio statale il suo esser neutrale, esser al di là delle classi, borghesia e proletariato. La certezza che qui si tratti solo di fenomeni transitori,

[2] « Un generale vittorioso che abbia casualmente a disposizione una armata, nemmeno con il migliore dei comportamenti è già una potenza, mentre un re legittimo, anche in esilio, anche in carcere, resta il potere ».

non ci esonera dal dovere di analizzare come lo Stato legislativo si dissolva [3] e, provvisoriamente, si consolidi lo stadio intermedio del dominio onnicomprensivo della burocrazia amministrativa.

II.

La teoria dello Stato del XIX secolo non conosce piú il diritto di resistenza, che nell'assolutismo dominava ancora la discussione delle forme di opposizione. Il potere di assorbimento proprio dell'ideologia democratica ha contribuito, allo stesso modo della prassi costituzionale, a rimuovere il diritto di resistenza, il prodotto di un ordinamento sociale non ancora razionalizzato; anzi, si può perfino arrivare al punto di connotare lo Stato moderno con la mancanza del diritto di resistenza, con la sua degradazione a un catalogo di diritti costituzionali di libertà. Al posto di un indeterminabile diritto di resistenza, la cui forza consisteva solo nel suo ancoraggio nella coscienza popolare — il che nel contempo significava la sua sostanziale illimitatezza —, subentra il concetto razionalizzato di legge.

Non è certamente superfluo, oggi, ricordare come il concetto di legalità, che attualmente sembra sottoposto a un processo di dissoluzione che ne svuota il senso, debba il suo sorgere e il suo significato solo alla sua stretta connessione con il concetto di legge del secolo XIX. Al concetto di legalità spetta una determinata funzione di garanzia, che non deve accantonare il diritto di resistenza, ma renderlo superfluo. *Légalité constitutionelle* nel linguaggio costituzionale continentale, cosí come il *rule of law* per il mondo giuridico anglosassone, indicano la necessaria coincidenza di ogni atto di governo o amministrativo con le leggi dei rispettivi paesi. Alla razionalizzazione del concetto di legge corrisponde la formalizzazione del concetto di legalità, con l'aiuto del quale, poi, può essere introdotto un controllo piú efficace dell'amministrazione che non con l'aiuto dell'idea tedesca dello Stato di diritto, la quale cerca di assimilare continuamente il processo degli accadimenti storici.

Non è affatto un caso che, proprio in Francia, il concetto di legalità, ancora nell'epoca piú recente, sia stato determinato, nell'aspro rifiuto di un autonomo « imperium » degli organi amministrativi, col ricondurre ogni norma amministrativa alla norma di legge che le sta alla base e la copre [4]. Infatti, le leggi costituzionali francesi,

[3] Cfr. su ciò le argomentazioni di C. Schmitt nel « Reichsverwaltungsblatt », 1932, p. 161.

[4] Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931.

le cosiddette *lois organiques* del 1875, contenendo soltanto norme organizzative e nessuna determinazione legale di tipo materiale, hanno in larga misura incrementato il processo di formalizzazione che costituisce il fondamento del concetto di legalità. Esse hanno stabilito soltanto i limiti di competenza e non gli impedimenti materiali della sovranità del Parlamento democratico. Laddove si può contrapporre all'appello alla legge un appello alla Costituzione, e si presenta con ciò la problematica di una « legalità a due stadi », ciò conduce facilmente al fatto che la burocrazia sviluppa un proprio concetto di legalità orientato secondo la sua idea di Costituzione. Qui, però — come per il principio che l'amministrazione deve corrispondere alla legge — a causa del carattere puramente formale delle leggi costituzionali, all'ulteriore principio che la legge debba corrispondere alla Costituzione non spetta alcun significato. Conseguentemente, perciò, la prassi francese non ha mai ammesso la verifica dell'adeguatezza costituzionale delle leggi e con ciò ha chiuso il concetto della legalità nella cornice di una semplice legge; con ciò, gli ha assicurato quella elevata capacità di applicazione, di cui esso da noi — fino ad un certo grado — ha sempre lamentato la mancanza. Infatti, la gran quantità di determinazioni giuridico-materiali, dal contenuto suscettibile, spesso all'infinito, d'interpretazione, che la seconda parte della Costituzione weimariana contiene, deve — in un paese con una cosí forte disciplina spirituale di tutti gli interessi — condurre molto spesso al tentativo, di fronte al legislatore, di appellarsi alla Costituzione. La precisione della singola legge tecnica, nelle mani della burocrazia giudiziaria ha con ciò spesso la peggio di fronte al quadro costituzionale suscettibile d'interpretazione, cosicché in molti casi la burocrazia giudiziaria, già prima della prassi dell'ordinanza di emergenza, divenne la custode di quella legalità a due stadi, che ha reso piú difficile in Germania la formalizzazione e la tecnicizzazione del concetto di legalità. Comunque un « pluralismo dei concetti di legalità », di cui parla Carl Schmitt [5], non ha ancora preso piede, giacché anche qui l'orientamento del concetto di legalità è presente nella legge, anche se, mediante il confronto di legge e Costituzione, viene concesso un ulteriore margine d'azione ai desideri di usurpazione giudiziaria.

La verifica della legalità del modo di agire di un organo amministrativo ha, tuttavia, comunque per presupposto che il criterio di questa attività non sia lasciato, direttamente o indirettamente, alla discrezione di quell'organismo amministrativo. Poteri speciali, dati per legge all'amministrazione, lasciano intatta la questione della le-

[5] C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, p. 91 [trad. it. *Il custode della Costituzione*, Milano 1981].

galità. Il legislativo può cedere la propria competenza, determinando esattamente i limiti e l'estensione di questo trasferimento. Un tale trasferimento è disposto anche dalla stessa Costituzione nell'articolo 48, o, detto con piú precisione, la Costituzione non lo dispone soltanto, lo anticipa per un caso determinato e solo in un successivo capitolo procedurale fa intervenire a tal riguardo il Parlamento. Nel caso di una considerevole turbativa della quiete pubblica e dell'ordine la Costituzione dà al presidente del Reich un tale potere straordinario. Soltanto il carattere di potere straordinario è quello che non abolisce il sistema della legalità, bensí lo sospende parzialmente solo in alcuni casi singoli, ovviamente sottoposti alla debita discrezione del presidente. La legalità consiste qui nella disponibilità di una norma di legge che copre la prassi amministrativa; la verifica di legalità si limita, nel caso dell'articolo 48, ad accertare che, nella sostituzione della norma legale con il diritto di ordinanza del presidente del Reich, non siano stati oltrepassati i limiti tracciati dell'articolo 48. La necessità del singolo provvedimento resta affidata — per giurisdizione — alla discrezionalità del presidente del Reich. Per salvaguardare la natura di potere straordinario, si deve rigidamente tener fermo il carattere temporaneo dei provvedimenti. Nel momento in cui il diritto di ordinanza di emergenza (sostitutivo della legge) oltrepassa il carattere di provvedimento, passando dalla provvisorietà a un « periodo indeterminato di durata presumibilmente piú lunga »[6], non può piú essere considerato secondo il tradizionale concetto di legalità.

A ciò non si può obiettare che tra quel « periodo indeterminato di durata presumibilmente piú lunga » e una illimitata durata nel tempo vi sia una differenza evidente per la prassi. Infatti, in parte, le disposizioni emanate col diritto di ordinanza di emergenza sostitutivo della legge, come garanzia bancaria, coperture finanziarie (*Haushaltssicherungen*) sono, per loro natura, non però per volontà del presidente del Reich, limitate nel tempo; in parte, come per esempio nelle trasformazioni del carattere gerarchico degli organi giudiziari, e nella particolareggiata regolamentazione della struttura delle concessioni, niente autorizza all'attesa che qui si tratti di disposizioni provvisorie. La successiva possibilità del Reichstag di abrogare i decreti, non significa, come spesso erroneamente si suppone, che la non-abrogazione equivalga a una legalizzazione a posteriori. Qui può restare in sospeso fino a qual punto sia rilevante, per la costituzionalità di tali decreti il fatto che il Reichstag

[6] Cfr. le delibere della Corte di Stato in « Juristische Wochenschrift », 1932, p. 513.

si astenga dall'esigere la loro abrogazione; e può anche restare ulteriormente aperta la questione se, secondo la Costituzione, la legge sul bilancio non possa per caso essere cambiata sulla scorta dell'articolo 48. Infatti, la questione della costituzionalità ha perduto di significato per il fatto che le autorità sottoposte al presidente del Reich eseguono questi decreti comunque, sulla base del loro rapporto di subordinazione, come ordini amministrativi di autorità superiori, e i tribunali ne riconoscono regolarmente la costituzionalità. Certamente l'esercizio dell'amministrazione e il riconoscimento dei tribunali non riescono ad offuscare il mutamento strutturale del concetto di legalità. Infatti, con la sostituzione delle funzioni legislative del Parlamento da parte del diritto di ordinanza di emergenza dato al presidente del Reich, il concetto di legalità ha comunque perduto il suo precedente significato. Non si tratta piú qui di un fatto provvisorio, bensí il diritto all'ordinanza di emergenza — e con ciò l'unificazione di legislazione e governo — ha assunto un carattere permanente, che non lascia piú alcuno spazio per la natura specifica della legalità che consiste nella verifica dell'amministrazione sulla base della norma di legge. Se oggi, allora, si parla della legalità del governo, alla quale si contrappone magari l'illegalità dei gruppi che lo combattono, al concetto di legalità risulta qui evidentemente un significato che devia dalla forma che esso ha finora avuto. A tal scopo, ci si richiama per lo piú alla cosiddetta legalità degli organi di governo, al fatto che essi hanno conseguito la loro posizione di potere non in opposizione alla Costituzione, bensí per via costituzionale. Si rinvia al fatto che il presidente del Reich, il quale è — secondo l'articolo 48 — depositario del diritto di ordinanza di emergenza, è stato eletto costituzionalmente dal popolo, e che, anche, il gabinetto non ha ricevuto alcun voto di sfiducia. Si traccia cosí facilmente il parallelo con il rapporto tra popolo e Parlamento; poiché, infatti, il popolo non avrebbe alcuna influenza sul contenuto delle leggi decise dal Parlamento, non ci sarebbe alcuna differenza qualitativa di fronte alla prassi autoritaria della ordinanza di emergenza da parte del presidente del Reich. Chi fa questo confronto trascura solo una decisiva differenza: quella tra Stato legislativo e dittatura. Lo Stato legislativo, la democrazia parlamentare, non conosce altra forma di legittimità al di fuori di quella della sua origine. Poiché la deliberazione che di volta in volta la maggioranza del momento si dà è legge sua e del popolo, la legittimità del suo ordinamento statale consiste solo nella sua legalità. Il regime dell'ordinanza di emergenza, però, che è incarnato dalla figura plebiscitaria del presidente del Reich ed esercitato dalla burocrazia dei funzionari, viene caratterizzato non col carattere della legalità, bensí con quello della legittimità, cioè richiamandosi alla

indiscutibile giustezza delle sue azioni e dei suoi scopi. Al concetto di legalità non solo appartiene la genesi legale del potere ma, in primo luogo, il legale esercizio di esso. Niente rende piú chiaro lo spostamento di accento dalla legalità alla legittimità dell'ordinamento sovrano del detto, divenuto famoso, del cancelliere Brüning: « Se si dichiara che, giunti al potere per vie legali, si infrangeranno i limiti legali, allora questa non è legalità ».

La via legale al potere significa qui nuovamente la formazione conforme alla legge; ma cosa significa limiti legali? Da quando le funzioni legislative e amministrative sono riunite nelle mani del governo, il limite legale consiste — conformemente al senso giuridico della parola legalità — ormai soltanto nelle parti essenziali della Costituzione weimariana che, anche secondo l'articolo 48 non possono venir sospese. È evidente che il cancelliere Brüning, parlando di limiti legali, si è figurato qualcosa d'altro che non quel minimo di parti essenziali non sospendibili della Costituzione; infatti, queste non significano piú molto di fronte a un governo risoluto: basta pensare alla possibilità di sopprimere l'articolo sulla proprietà e quello sulla libertà di associazione, alle incisive ingerenze, ammesse secondo la giurisprudenza, nella autonomia regionale e nell'autoamministrazione. Evidentemente i limiti legali vengono equiparati alla legittimità degli scopi. Ma quali scopi, però, siano legittimi lo decide solo il gabinetto in carica. Se, perciò, in un articolo da questo punto di vista istruttivo della « Tat » [7], parlando di un « concetto di legalità del gabinetto in carica », si afferma che non si può pretendere che esso affidi il governo a una maggioranza da catastrofe, bisogna però concordare pienamente con l'autore quando egli trae da ciò la conclusione che « con ciò [ovvero per il fatto che l'apparato dello Stato non venga affidato a questa maggioranza da catastrofe], verrebbe però scatenata una lotta politica interna sulla legalità, cioè per la legittimazione del potere ». A tal riguardo è semplicemente da notare che non è solo il rifiuto della trasmissione del potere alla maggioranza da catastrofe che scatena la lotta per la legittimazione del potere. Il passaggio dalla legge della maggioranza parlamentare — l'abbreviazione sancita della lotta sociale per il potere — al sistema di ordinanza sostitutivo della legge, significa in realtà già lo stadio decisivo nella lotta per la legittimazione del potere, poiché ogni governo, sciolto dal vincolo di legge, solo mediante l'affermazione del carattere universalmente vincolante dei propri scopi si attribuisce da sé, per cosí dire, il consenso altrui che gli viene meno.

[7] H. Grüneberg, *Das neue Staatsbild*, in « Tat », gennaio 1932, p. 822.

Il medesimo mutamento, che si è osservato nell'ambito della competenza del Reich sulla base dell'applicazione estensiva dell'articolo 48, in ambito regionale si è in parte compiuto con l'aiuto dell'istituto del governo d'affari Finora il Parlamento non ha tolto la fiducia al governo centrale, ma questo è invece accaduto in Sassonia, nell'Assia, e nella città libera di Amburgo. Le vigenti Costituzioni regionali prevedono la prosecuzione delle funzioni di un governo fatto cadere dal Parlamento soltanto in qualità di governo d'affari e gli assegnano solo una temporanea funzione suppletiva, fino a che il Landtag non nomini un nuovo governo parlamentare. E sul carattere provvisorio di questo ' tener-la-piazza ', le Costituzioni indicano espressamente che esse concedono al governo caduto, in quanto governo d'affari, soltanto il potere di condurre gli « affari correnti ». In Prussia, in precedenti occasioni, ha avuto luogo una discussione su questo concetto: lí si trattava, però, di un governo d'affari, al quale — dopo un adeguato breve periodo di tempo — subentrò un gabinetto parlamentare, cosicché la problematica di un governo permanente con competenza di ordinaria amministrazione non venne pienamente sviscerata. In ogni caso, si concorda sul fatto che « affari correnti » non significa nient'altro che affari effettivamente in corso [8]. Rimane, tuttavia, problematica la differenza tra affari correnti e decisioni politiche. Essa può essere praticamente applicabile, se si tratta di un governo d'affari di durata prevedibile, ma non è in alcun modo concepibile teoricamente, poiché il concetto di decisione politica non ha alcuna concreta limitazione, bensí il grado di intensità politica di un atto di governo può essere diverso a seconda della diversa situazione storica (si pensi alla nomina di Hitler a consigliere governativo del Braunschweig). Poiché, allora, non può essere fissato un limite oggettivo per l'attività del governo d'affari, allora questo può intraprendere tutte le azioni di un governo ordinario. Da ciò deriva un singolare quadro. Il governo d'affari, che il Landtag non può far cadere, è libero nelle proprie azioni politiche e per nulla responsabile di fronte al Landtag. Si adduce frequentemente a consolazione la possibilità di imputazione dei ministri. A prescindere dall'insignificanza pratica di questo rimasuglio del primo costituzionalismo del Baden, che non può portare all'allontanamento dalla carica bensí al massimo alla verifica di una non concordanza di determinate azioni col diritto costituzionale vigente, è ancora estremamente problematico se possa

[8] Cosí, l'allora primo ministro Marx nella seduta della Dieta del 27 marzo 1925.

essere comunque intentata [9] la imputazione dei ministri sulla base di atti di governo intrapresi nel periodo in cui il ministero dimissionario resta in carica.

Alla questione concernente la costituzionalità di un ministero d'affari permanente — con riferimento all'articolo 17 della Costituzione che prescrive anche per i Länder un governo parlamentare — si può dare una risposta negativa e trarre da ciò la conclusione che il governo sia autorizzato, con riferimento all'articolo 48 comma 2 della Costituzione, a destituire dalla sua carica il governo d'affari e a sostituirlo con un commissario del Reich [10]. L'oscurità di questa soluzione non abbisogna di ulteriori indicazioni. Se la funzione permanente di una eccezione prevista costituzionalmente è da considerarsi comunque come un mutamento costituzionale, allora una violazione stabile della competenza regionale sulla base dell'articolo 48 significa una svolta in senso dittatoriale della Costituzione. Essenziale a questa discussione è solo il riconoscimento che è effettivamente sopravvenuta una dislocazione del fondamento di esistenza del governo regionale. Siccome il parlamento, per l'impossibilità di una ulteriore influenza sul governo regionale, è spinto su di un binario morto, il governo regionale ha semplicemente mutato il suo padrone. Esso non ha certo piú alcun fondamento legale per la sua azione, ma la sua esistenza è assicurata fintanto che la sua attività è considerata dal governo del Reich come consona propria, cioè legittima.

IV.

Il problema della legalità dei partiti, alla quale si è primariamente rivolto oggi l'interesse dell'opinione pubblica, non occupa alcun posto particolare nel contesto del concetto della legalità generale. Fintanto che si è data una differenza tra istanze giuridiche e istanze amministrative, la cosiddetta legalità dei partiti fu identica alla legalità della loro attività. Il carattere legale dell'agire, però, si determinava innanzitutto secondo le leggi generali, valevoli per tutti i cittadini, in cui erano in questione soprattutto i limiti della legge penale. Accanto a ciò, però, era sempre demandato alla decisione sovrana dei Parlamenti democratici di combattere, in forma piú o meno dura, determinati gruppi politici, criminalizzando — al

[9] Cfr. le argomentazioni di F. Stier-Somlo nell'« Archiv des öffentlichen Rechts », nuova serie 9, p. 219, che risponde affermativamente a ciò, senza una piú approssimata motivazione, come fa l'intera letteratura.

[10] E. R. Huber, *Die Stellung der Geschäftsregierung in den deutschen Ländern*, in « Deutsche Juristenzeitung », 1922.

di là dell'ambito della legge penale generale — azioni e opinioni politiche. Si ricordi qui soltanto il famoso esempio della Convenzione nazionale francese, che — con le leggi del 23 Ventoso e del 22 Pratile dell'Anno II — dichiarò, in forma molto estesa, traditori della patria e nemici del popolo i nemici politici della maggioranza della Convenzione [11]. Assemblea nazionale e Reichstag, nelle diverse legislature, non si sono mai decisi a prevedere pene particolari per determinati gruppi politici a causa dello scopo da loro perseguito o per le loro convinzioni. Un debole punto di appoggio in tal senso potrebbe al massimo essere considerato il paragrafo 4 della legge di difesa della Repubblica, il quale commina non meno di tre mesi di prigione a coloro i quali partecipano ad associazioni segrete od eversive contro lo Stato, che perseguono l'intento di scalzare la forma statuale repubblicana, costituzionalmente definita, del Reich o di un Land. Al senso proprio di questa norma si sarà reso giustizia solo allorché si apprezzi correttamente il suo doppio rimando ai paragrafi 128 e 129 del Codice penale e alla forma statuale costituzionalmente stabilita. Entrambi rappresentano tentativi di formalizzazione, che rendano possibile una piú intensa difesa giuridica della Costituzione, senza sottoporre un determinato gruppo politico a un diritto d'eccezione. Infatti, il concetto di partito nemico dello Stato era orientato alla Costituzione e alle leggi generali senza che fosse stata intrapresa una specifica diffamazione legale di determinate concezioni ed idee. Se allora si voleva, come sempre si verificò in uno Stato con contrapposizioni partitiche cosí intense e inconciliabili come la Germania, perseguire determinati gruppi politici a causa della loro attività, si doveva ricorrere alla finzione che si combattevano questi gruppi politici non in quanto comunità di convincimenti di partito bensí in quanto gruppo nemico dello Stato. Si doveva allora cercare di accertare concrete infrazioni contro norme della legge penale. Il limite della possibilità di perseguibilità si trovava là dove era il nucleo intangibile dell'organizzazione, nella rappresentanza parlamentare dei gruppi politici. Questo cuore dell'organizzazione rimase inattaccabile anche quando, cosa che talora accadde, si dichiarò associazione proibita un intero partito politico e con ciò si tentò di impedire la diffusione della sua influenza nell'opinione pubblica. Infatti, i Parlamenti non hanno mai intrapreso distinzioni di contenuto di tipo legale tra i partiti, e per esempio, il paragrafo 6 comma 2 della legge prussiana sulla regolamentazione di diversi punti del diritto statutario comunale (*Gemeindeverfassungsrecht*) del 27 dicembre 1927 stabilisce

[11] Il testo di legge è riprodotto in F. V. A. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, 1921⁵, pp. 365 ss.

esplicitamente che: « La conferma non può essere negata per il fatto che gli eletti appartengano ad un partito politico ». Restavano sempre tutelati anche i diritti costituzionali di ogni partito alla partecipazione al Parlamento, con tutte le conseguenze di questi diritti, il piú importante dei quali è da ritenersi certo l'agitazione elettorale. Perciò, all'epoca del funzionamento regolare del Parlamento, perché venisse sollevata la questione della legalità di un partito era decisivo solo il fatto che esso intendesse impossessarsi del potere politico con mezzi inammissibili per legge. A tal riguardo, doveva restare fuori discussione la finalità ultima di un partito, poiché nessuna norma costituzionale o altra norma avevano dichiarato vincolante la generale obbligatorietà e il riconoscimento di determinati princípi sociali. Anche l'amministrazione era generalmente tenuta ad osservare questi limiti nel perseguire i suoi avversari politici. Abusi di competenza riuscirono solo parzialmente per quanto riguarda la KPD, poiché qui mancò in parte il controllo giuridico della Corte suprema, anche se tipicamente si cercò di evitare la creazione di nuovi princípi giuridici e, piuttosto, si ricorse ad una interpretazione delle determinazioni giuridico-penali dell'alto tradimento, estensiva al massimo e oltrepassante i limiti della legge.

Tali tendenze dovevano, però, apparire come un corpo estraneo in un ordinamento legale altrimenti unitario, fintantoché non si diede alcuna possibilità di ampliare il concetto generale di legalità mediante un concetto giuridico del « partito rivoluzionario ». A intraprendere di recente questo tentativo è stato Koellreutter [12]. Egli vuole separare in linea di principio, anche per l'ordinamento giuridico, il partito rivoluzionario dai partiti potenzialmente idonei al governo. Di questi dovrebbero far parte tutti quei partiti che, in quanto membri della totalità del popolo, possono essere considerati rappresentanti dell'unità politica sussistente, poiché essi posseggono la consapevole volontà del popolo all'esistenza politica quale fondamento dell'unità nazionale. Questi partiti, che vanno dalla socialdemocrazia fino al Partito operaio nazionalsocialista, godono di tutti i vantaggi della presunzione ufficiale di legalità, col che non è tuttavia escluso che anche un siffatto partito, in una concreta situazione, possa servirsi del colpo di Stato. Tuttavia, poiché la presunzione di legalità parla a suo favore, l'onere della prova spetta agli oppositori. Per quanto riguarda la presunta volontà di unità nazionale, Koellreutter sembra non aver considerato che storicamente proprio i partiti rivoluzionari si sono rivelati i piú

[12] O. Koellreutter, *Parteien und Verfassungen im heutigen Deutschland*, in *Festgabe für Richard Schmidt*, Leipzig 1932, pp. 107 ss.

affidabili portatori della volontà di unità nazionale e perciò, del tutto a ragione, gli è stato obiettato [13] che della sua nuova determinazione concettuale solo gli anarchici potrebbero essere discreditati.

In realtà, dietro l'ordinamento nazionale della vita sta la questione della struttura sociale, e Koellreutter concretizza o piuttosto riduce, anche in un altro luogo, la sua unità nazionale a proprietà privata, matrimonio e vincolo di religione. Se si prescinde dal matrimonio, che per quanto ne sappiamo nessuno intende abolire, nel concetto del ' rivoluzionario ' di Koellreutter dovrebbe aversi a che fare innanzitutto con la trasformazione dell'ordinamento di proprietà, che d'altronde oggi è sottoposto assolutamente senza alcun mutamento costituzionale, ad un mutamento di funzione che incide piú in profondità che non qualche rivolgimento rivoluzionario. L'eliminazione di un partito rivoluzionario dall'ambito del sistema costituzionale vigente presupporrebbe che il diritto costituzionale tedesco avesse formato un concetto corrispondente al francese « superlégalité constitutionelle ». « Superlégalité constitutionelle », però, non significa niente di più del riconoscimento della legittimità di un determinato sistema culturale [14]. Non importa se c'è effettivamente per la Francia una legittimità giuridica di un sistema di diritto individualistico che stia al di sopra di ogni contesto costituzionale e di tutti i codici; per la Germania, comunque, non c'è. Infatti, la Costituzione di Weimar, nella sua seconda parte, ha predisposto una base per tutte le possibilità di appello troppo ampia perché uno possa richiamarsi esclusivamente ad essa [15]. Con ciò, tuttavia, è anche escluso che possa darsi — accanto al concetto di legalità — anche un criterio materiale per il modo di comportamento di un partito. Per il fatto che Koellreutter d'altra parte non disconosce che un partito non-rivoluzionario possa comunque agire illegalmente, si deduce già che non c'è la necessità del concetto di partito rivoluzionario. Infatti, se il rivoluzionario agisce legalmente, per l'ordinamento giuridico è irrilevante e indifferente se la sua momentanea legalità si fonda su finalità rivoluzionarie oppure su di un « cretinismo legale ». Quando, però, il rivoluzionario agisce illegalmente, egli viene comunque in conflitto con l'ordinamento giuridico vigente, e non importa se la azione illegale si fonda su

[13] K. Haentzschel in « Archiv des öffentlichen Rechts », nuova serie 20, p. 385.

[14] Una tale concezione è rappresentata dal noto teorico costituzionale M. Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel*, 1929², p. 239.

[15] Cfr. C. Schmitt in *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, par. 101.II.

considerazioni rivoluzionarie oppure sul « romanticismo dell'illegalità » [16].

L'ordinamento giuridico statuale non rimprovera al rivoluzionario il fatto di relativizzare i concetti di legalità e illegalità; solo se il risultato di questo processo ideale lo conduce eventualmente all'illegalità, lo mette in conflitto con questo. Non meno indifferente per il sistema giuridico vigente, è, però, se un partito appartenga alla cerchia dei partiti ' buoni ', nel caso che gli salti in mente di non osservare, sulla via che lo conduce al potere politico, la legge penale. Chi, d'altronde, vorrebbe essere cosí presuntuoso da anticipare ciò che spetta soltanto allo storico: la differenziazione estremamente relativa tra partiti rivoluzionari e partiti ' buoni '?

Ci si chiede fino a dove l'attuale prassi dell'ordinanza di emergenza e quella ad essa connessa della giustizia e dell'amministrazione abbiano anche qui abbandonato il carattere formale del concetto di legalità e si siano allontanate da un liberalismo, che, come purtroppo i suoi oppositori volentieri fingono di non vedere, rispondeva meno a una disposizione essenzialmente liberale di quanto si sia invece rivelato solo come un principio d'ordine pratico per un paese diviso in classi. La prassi dell'ordinanza di emergenza, che per l'indeterminatezza delle sue regole spesso mutevoli crea difficoltà a tutti i partiti (divieto di uniforme e contrassegno), non ha proceduto a dichiarare determinati partiti *hors de la loi*, fuori della legge. Non si è giunti a ciò, per il solo fatto che sarebbe con questo sorta un'inopportuna discrepanza nei confronti del diritto parlamentare ancora in vigore che tratta in via di principio ugualmente tutti i partiti. Ma indubbiamente la prassi di ordinanza di emergenza, tramite l'indeterminatezza della sua normativa (interessi di vitale importanza del paragrafo 6 dell'ordinanza di emergenza del presidente del Reich del 10 agosto 1931, le molte procure in bianco alle autorità amministrative per quanto riguarda divieti di dimostrazione, associazione e pubblicazione di riviste) ha consentito alle autorità amministrative di danneggiare, rispetto agli altri partiti, i partiti estremisti dal controverso carattere di legalità. La misura della libertà d'azione dei partiti politici si determina ora secondo la decisione delle autorità amministrative, spesso inappellabile o, quantomeno però sottratta, nel corso del tempo, a un effettivo controllo. Per la questione se una determinata associazione o un certo manifesto suscitino l'opposizione delle autorità, sono subentrate, al posto delle leggi generali, specifiche idee d'or-

[16] Sul rapporto di pensiero rivoluzionario e ordinamento legale cfr. G. Lukács, *Legalität und Illegalität*, in *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Berlin 1922 [trad. it. *Storia e coscienza di classe*, Milano 1967].

dine di carattere poliziesco. È, dunque, il carattere generale del partito a risultare decisivo del modo in cui l'autorità utilizza i margini discrezionali dei decreti; altrimenti detto: la prova di legalità nel singolo caso passa in seconda linea rispetto alla presunzione generale di legalità. La decisione sulla presunzione di legalità dipende nuovamente innanzitutto dalle disposizioni delle autorità amministrative centrali, in misura minore dalle decisioni dei tribunali. In tali decisioni sulla presunzione di legalità in rapporto a un partito determinato, è però molto difficile, per la suprema istanza amministrativa, separare la questione della legalità dell'azione dalla legittimità degli scopi perseguiti. I decreti prussiani [17] assicurano, mediante l'equiparazione della KPD e della NSDAP, una certa considerazione formale che si orienta innanzitutto alla violenza dei mezzi adottati, anche se qui caratteristicamente si parla del rivolgimento violento come scopo e non come mezzo.

Il decreto del ministro della difesa Groener contiene in questo senso già una deviazione dalla prassi amministrativa usuale, in quanto non si occupa della questione dell'illegalità, bensí significa il rilascio alla NSDAP di un certificato di buona condotta, generalmente vincolante, per la sua sfera di competenza. Dal contesto generale del decreto, cosí come anche dalla sua finalità politica, si ricava che la convinzione della legalità di questo partito non si basa in prima linea sul comportamento dei suoi membri, bensí sul riconoscimento della « finalità nazionale ».

La posizione dei tribunali (per tribunali deve intendersi qui ogni autorità dotata della cosiddetta indipendenza, e che delibera in modo definitivo su singoli casi), in uno Stato con esecutivo e legislativo separati, viene codeterminata essenzialmente dalla loro competenza a verificare in base alla legge gli atti amministrativi. Se non c'è piú alcuna legislazione scissa dall'amministrazione, allora subentra un mutamento di funzione nella posizione dei tribunali. Se essi hanno, in precedenza, solo occasionalmente utilizzato la facoltà, da essi usurpata, di verificare la costituzionalità delle leggi, adesso posseggono, di fronte ad ogni ordinanza di emergenza, il diritto di controllare l'osservanza dei limiti tracciati con l'articolo 48. Solo il non-esercizio di questo diritto di veto garantisce l'indisturbato funzionamento del sistema di ordinanza d'emergenza di fronte ad autorità subordinate e a cittadini. I tribunali hanno costituzionalmente coperto e sancito la prassi dell'ordinanza di emergenza, e il riserbo che essi hanno esercitato mediante l'impostazione sul singolo caso, corrispondeva alla cura di non dar via, mediante un

[17] Cfr. il decreto del 3 luglio 1930, riprodotto nel « Justizministerialblatt », 1930, p. 220.

pregiudizio, l'acquisita pienezza del potere, bensí di conservare in tal modo la costante partecipazione al potere statale. Poiché, tuttavia, essi, una volta sancite le ordinanze di emergenza, erano contenutisticamente legati ad esse, allora, riguardo alla questione della legalità dei partiti, non sussisteva per il loro giudizio alcun vincolo, visto che le disposizioni delle autorità centrali non possedevano alcun carattere giuridico. In opposizione alle istanze amministrative, per le quali le presunzioni di legalità e di illegalità, contenute nelle disposizioni delle loro autorità superiori, erano vincolanti, anche il piú basso tribunale disciplinare poteva prendere la sua decisione caso per caso, senza in ciò dover osservare altre norme che i paragrafi 128, 129 del Codice penale e il paragrafo 4 della legge di difesa della Repubblica [18].

I tribunali, fintanto che ci fu una unanimità delle istanze amministrative — dunque in rapporto alla KPD — hanno parimenti ritenuto determinante la presunzione di illegalità. Ma si è tuttavia fatto ancora un decisivo passo avanti escludendo la verifica del contrario. Alla constatazione fatta dall'Alto tribunale amministrativo della Turingia, che la KPO attualmente non persegue alcun sovvertimento armato, questo tribunale non ha attribuito alcun significato. Infatti,

> esso si differenzia dalla KPD solo nella tattica della lotta partitica e nel suo adattamento alla situazione politica attuale. A differenza della KPD, non si crede ancora immediatamente alle soglie della presa del potere. Tuttavia, ciò non toglie alcunché alla sua finalità rivoluzionaria. [19]

Di fronte alla presunzione di illegalità, non è di alcun aiuto nemmeno la prova, che il tribunale stesso ritiene addotta, dell'attuale legalità; infatti dipende semplicemente appunto dallo scopo illegale, dalla « finalità rivoluzionaria ». Per quanto concerne la NSDAP c'è tanto poco una unanimità delle sentenze quanto tra le autorità amministrative. La maggior parte delle sentenze, specialmente quelle dei massimi tribunali disciplinari prussiani [20], giudicano in base alla illegalità dei mezzi adottati; ma ci sono anche sentenze che, del tutto chiaramente in analogia con l'OVG (Alto tribunale amministrativo) della Turingia, si lasciano determinare dalla legalità della finalità del partito [21]. Anche qui è evidente, quantomeno, la ten-

[18] Cfr. Glockner in *Die politische Betätigung der Beamten*, Bühl 1930, un parere rivolto all'associazione degli insegnanti del Baden.

[19] Pubblicato in Koellreuter, *op. cit.*, p. 122.

[20] Cfr. la sentenza della Corte disciplinare prussiana per funzionari non giudiziari, pubblicata nella « Frankfurter Zeitung » del 28 febbraio 1932.

[21] Cfr. la sentenza del Tribunale disciplinare di Lubecca in Koellreutter, *op. cit.*, p. 128.

denza a passare dalle norme di legge, che esigono la precisa verifica dei mezzi illegali, al rifiuto dello scopo illegittimo, dell'idea sociale non approvata dall'autorità. In ciò, non fa piú dunque grossa differenza se l'amministrazione raggiunge questo scopo mediante presunzioni di legalità o illegalità vincolanti per la sua sfera di competenze, oppure se la giustizia — di fronte all'illegalità del fine — dichiara priva di valore la prova della legalità dei mezzi adottati.

V.

Per quanto al concetto di partito legittimo si contrappongono in generale ancora ostacoli che scaturiscono dalla struttura democratica e insieme costituzionale del Reich, con i quali anche la prassi dell'ordinanza di emergenza e amministrativa devono ancora fare i conti, tuttavia, in un ambito specifico, quello del diritto del lavoro, il partito legittimo è già un'idea abituale. Dal punto di vista teorico il diritto del lavoro tedesco si differenzia da quello fascista per la mancanza di posizioni giuridiche di monopolio. Il sistema contrattuale presuppone soltanto parti che siano capaci e disposte a condurre conflitti di lavoro, a concludere e rispettare contratti. Nessuno avrebbe potuto prendersela con le sentenze, se esse, riconoscendo capacità contrattuale a organizzazioni economicamente autonome ma fino ad ora non ancora sperimentate in quest'ambito, avessero esercitato la massima prudenza, una prudenza che avrebbe potuto esser tanto maggiore, quanto piú il carattere politico dell'organizzazione avesse sollevato un serio dubbio sulla sua volontà di rispettare i contratti. Tali dubbi sarebbero tuttavia stati ammissibili solo fino alla prova del contrario. Se il tribunale del lavoro del Reich privò l'*Allgemeine Arbeiterunion* della capacità contrattuale [22], sebbene fosse provato che essa aveva per anni non solo stipulato ma anche rispettato contratti, al fondo di ciò è allora riconoscibile la caratteristica concezione secondo la quale l'illegittimità delle idee sociali conduce sempre alla perdita del diritto di far legalmente uso di diritti legali. Alla parte contrattuale legittima si accompagna il legittimo consiglio d'impresa. Corrisponde alla legge sui consigli d'impresa il fatto che diventi membro del consiglio uno che è disposto ad esercitare i suoi poteri certo nell'ambito di questa legge, ma che appartiene ad una associazione che, in linea di principio — nella lotta di classe rivoluzionaria — vuole imporre gli interessi della classe operaia? Secondo l'ordinamento legale a tutt'oggi vigente, dipende solo dalla concordanza del suo modo di

[22] *Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts*, vol. 6, p. 63.

agire con la legge. Chi muove dal principio di legittimità, però, deve anche qui conseguentemente arrivare a dichiarare incompatibile la possibilità di essere membro del consiglio d'azienda con l'appartenenza al RGO [23]. Ma, non solo sono state inventate dalla giurisprudenza la legittimità delle parti contrattuali e la legittimità dell'associazione che designa il membro del consigliere d'azienda, ma anche la pericolosissima presunzione di legittimità, che essa ha istituito e minaccia di diventare un impedimento per ogni conflitto di lavoro, è la legittimità degli scopi di un conflitto di lavoro. Si cita qui la caratteristica proposizione del tribunale del lavoro del Reich:

Dal contrarre un contratto deriva l'obbligo di astenersi da disturbi immotivati e di promuovere misure conflittuali solo quando con ciò si perseguano scopi di carattere economico o vi sia fondata ragione. Il prendere misure, però, senza che vi siano particolari scopi economici o una fondata ragione, significa, anche qualora non sussistano obbligazioni contrattuali, una lesione dell'obbligo generale alla pace derivante dal contratto. [24]

Con ciò la libertà dell'attività sindacale ha sperimentato una limitazione non sottovalutabile. La semplice affermazione della « volontà sindacale di potere » senza un riconoscibile obiettivo economico non è ammessa. Il tribunale del lavoro decide in modo sovrano su quali siano gli obbiettivi economici, cioè legittimi, e quali quelli politici [25], cioè illegittimi: un esempio tipico di come una reazione unitaria fondata nell'organismo della vita sindacale, di fronte all'antagonista economico, sia limitata d'autorità e, in certa misura, è obbligata a fare concessione.

VI.

La *chance* di ogni ordinamento legale di dominio consiste nella possibilità di integrare a sé la dialettica degli eventi storici con un attrito

[23] Cfr. il decreto del Tribunale regionale del lavoro di Ulm, citato da E. Fraenkel nella « Justiz », vol. 7, fascicolo 4, p. 194.

[24] Cfr. *Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts*, vol. 5, p. 252. Un preciso apprezzamento di queste tendenze contiene l'articolo di O. Kahn-Freund, *Der Funktionswandel des Arbeitsrecht*, apparso nell'« Archiv für Sozialwissenschaft », nell'aprile 1932.

[25] La contrapposizione politico-economico trae origine da puri giudizi di valore sui modi di comportamento sociali. Poiché le autorità che decidono tralasciano una precisa motivazione dei provvedimenti adottati, non è possibile valutare quanto i tribunali siano divenuti generalmente consapevoli della problematica di questa distinzione nell'epoca attuale (cfr su ciò C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Monaco 1932 [trad. it. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, cit.]).

minore di quanto ciò consenta un ordinamento legittimo; infatti, a questo è concesso di durare solo fintantoché gli riesce di rivestire, con l'apparenza di validità eterna, lo *status* politico e sociale di un determinato periodo storico. Fu il compito davvero non eroico dell'ordinamento legale tedesco, del labile Stato-di-coalizione-di-partiti, quello di equilibrare le opposizioni sociali al livello dell'attuale forza dei gruppi e delle classi, senza eliminare le tensioni date. Nella misura in cui divenne impossibile, per le crescenti difficoltà delle condizioni generali tedesche, quell'autonomo compromesso realizzato dai grandi gruppi di potere nella forma della legge parlamentare, crebbe l'indipendenza della burocrazia rimasta intatta. Da istanza neutrale di mediazione che amministrava, pressappoco in qualità di fiduciaria l'equilibrio dei gruppi sociali che lo sostenevano, con la sua compattezza e grazie al rapporto con il potere militare ad essa praticamente coordinato, essa divenne il potere per antonomasia del Reich. Essa è la latrice della nuova legittimità, che subentra al periodo dell'ordinamento legale democratico-parlamentare. Con il governo legittimo legittima se stessa, col partito legittimo limita la libertà dei suoi nemici irriducibili, con la parte contrattuale legittima e con il conflitto di lavoro legittimo si accinge a dominare burocraticamente il diritto del lavoro. E ciononostante, la sua base sociale è troppo debole perché essa possa comporre, come terzo fattore superiore, un accordo tra i gruppi economici in conflitto, e con ciò possa tutelare i fondamenti dell'unità politica della nazione [26]. Certo, la burocrazia « eleva a imperativo categorico lo spirito statuale formale o la reale mancanza di spirito dello Stato » [27], e la sua apartiticità e neutralità sono solo la guarnizione ideologica del fatto che essa si ritiene lo « scopo ultimo dello Stato ». Tuttavia, essa può realizzare questo ideale sociale statico e rivolto alla continuità, solo cercando appoggio presso i gruppi sociali che hanno un interesse a stabilizzare il processo dello sviluppo capitalistico in un dato punto che, all'osservatore che guardi retrospettivamente, appare relativamente vantaggioso. Il cancelliere Brüning è quello che qui — con la sua spesso usata locuzione secondo la quale dovremmo ritornare ai semplici e parsimoniosi princípi dell'anteguerra — esprime la posizione della borghesia, piccola borghesia e burocrazia. A ciò che è irrimediabilmente scomparso nel

[26] Cfr. E. R. Huber, *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen 1932, p. 29 [ora in Id., *Bewehrung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Berlin 1975].

[27] K. Marx, *Kritik der hegelschen Staatsphilosophie*, in *Der historische Materialismus, Frühschriften* I, p. 78 [trad. it. *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, in *Opere filosofiche giovanili*, a cura di G. della Volpe, Roma 1963].

fluire del processo di sviluppo sociale, viene qui attribuito valore di eternità. Di fronte a tali tentativi di restaurazione, la volontà delle masse popolari democratiche rivolta al futuro deve apparire come un pericoloso anacronismo, alla cui definitiva repressione si addice al meglio l'attuale periodo di bisogno. Un cosí eminente e tipico rappresentante dell'intera burocrazia come Popitz ha posto l'eliminazione di questo anacronismo al punto di partenza delle sue ben ponderate proposte di perequazione finanziaria [28]. È semplicemente naturale che tutto ciò che a noi appare come forma di una manifestazione, forse erutt'va, del rapido mutamento della forma sociale del periodo post-bellico, qui venga fatto passare solo come abuso partitico, corruzione, mancanza di responsabilità e compromesso irrealistico di partito, al quale luminosamente si contrappongono lo spirito di solidarietà e il senso del dovere dell'anteguerra. Ma un ordine sociale che non può costruire la sua legittimità traendola da se stesso, bensí deve sostenerla con lo splendore riflesso di un passato idealizzato, non è forse prima del suo compimento, già destinato a fallire?

[28] J. Popitz, *Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden*, Berlin 1932. Cfr. su ciò le argomentazioni di Rinner nella rivista « Die Gesellschaft », aprile 1932.

zione completamente nuova nel caso si tentasse, con l'aiuto di una qualsivoglia interpretazione dell'articolo 25 della Costituzione — la facoltà presidenziale di scioglimento —, di abbattere l'istituzione parlamentare stessa. Sotto questo riguardo allo scioglimento del Reichstag del 4 giugno sono collegati problemi d'ordine giuridico-costituzionale con un significato di vasta portata. Soprattutto due questioni abbisognano urgentemente di essere chiarite:

1. Questo scioglimento del Reichstag, nella forma e con le motivazioni con cui fu intrapreso, era ammissibile dal punto di vista giuridico-costituzionale?

2. In quali circostanze è data la possibilità di un ulteriore scioglimento del Reichstag nell'ambito dell'articolo 25 della Costituzione, articolo che autorizza il presidente a sciogliere il Reichstag, e tuttavia solo una volta per lo stesso motivo?

L'applicazione e interpretazione dei princípi della Costituzione non avviene nella forma di logici princípi di sussunzione; anzi ciò può avvenire solo con la considerazione, comparazione e valutazione dello sviluppo storico dell'istituto costituzionale, tenendo in dovuto conto i precedenti. Perciò, un'interpretazione dell'articolo 25 della Costituzione di Weimar non può prendere le mosse dall'esame dei concetti di ' unicità ' e di ' uguale motivo '. Questi concetti sono da intendersi solo come norme supplementari di salvaguardia che debbono delimitare piú esattamente l'ambito di applicazione del diritto di scioglimento.

Il diritto di scioglimento, che si riscontra per la prima volta nella Costituzione napoleonica del Termidoro dell'anno 10 (1802) ed è lí conferito al Senato di fronte al *corps législatif*, ha nel diritto della monarchia costituzionale un grado di efficacia diverso che nella democrazia parlamentare. Nella monarchia di Luigi XVIII e di Carlo X in Francia, nella Prussia prerivoluzionaria come nel Reich prerivoluzionario, è un'arma del sovrano costituzionale contro il Parlamento. Egli può abbreviare a suo arbitrio la durata di esso senza essere costretto a nominare, sulla base dei risultati elettorali, un ministero gradito al Parlamento[2]. L'intera costruzione giuridica della monarchia costituzionale, che poteva a malapena celare il conflitto tra l'assolutismo principesco-burocratico e i ceti borghesi di ' possesso e cultura ', era una condizione imperfetta, in cui l'ambiziosa borghesia in caso d'emergenza non voleva restare. Questa condizione imperfetta si riflette anche in quel particolare diritto di scioglimento, che certo ordina al sovrano non-responsabile di appellarsi al popolo, ma che non lo costringe a tener conto del-

[2] Cfr. le osservazioni fatte a tal riguardo da J. Held, *System des Verfassungsrechts* II, p. 479, e da v. Roenne, *Preussisches Staatsrecht* I, par. 66.

l'esito del voto. In pratica, questa Costituzione non ha neppure retto; poiché, quando nel 1830 Carlo X tentò di sciogliere prima del suo insediamento la Camera neoeletta, in cui i partiti dell'opposizione liberale avevano la maggioranza, scoppiò la rivoluzione. Il Parlamento sconfisse il re e il principio della responsabilità terrena la non-responsabilità divina. Fino ai giorni nostri nessuno ha ripetuto il tentativo di dichiarare un errore la volontà del popolo appena manifestata. La tendenza immanente alla democrazia, che comporta il trapasso della decisione sulla formazione politica dalle mani degli opposti poteri esecutivo e legislativo in quelle del popolo, già nella monarchia costituzionale induce a riconoscere un'importanza definitiva al voto del popolo. Questo principio ha trovato la sua elaborazione giuridica definitivamente solo nella democrazia parlamentare. Con ciò, la questione se il capo della democrazia parlamentare sia un monarca ereditario o un presidente eletto, è insignificante. È la prassi costituzionale inglese che ha prodotto senza soluzioni di continuità la prassi dello scioglimento. Dopo Prévost-Paradol, si possono determinare i possibili casi di scioglimento [3] a seconda che il governo rimasto in minoranza nel Parlamento ne ottenga lo scioglimento da parte del monarca o del presidente (scioglimento ministeriale), oppure che il capo dello Stato abbia licenziato il Parlamento che gode la fiducia del gabinetto e lo sciolga con un gabinetto di minoranza (scioglimento regale o presidenziale).

Un terzo caso di scioglimento è l'autoscioglimento del Parlamento. Accanto all'autoscioglimento stabilito costituzionalmente [4] si pone l'autoscioglimento occulto, tramite un provvedimento di scioglimento del capo dello Stato approvato dalla maggioranza del Parlamento, com'era all'ordine del giorno nella Francia di Napoleone III, e come rappresenta da noi in pura forma il decreto presidenziale sullo scioglimento del Reichstag del 31 marzo 1928. Lí si dice:

> Dopo che il Reichstag con le leggi approvate ieri ha esaurito il cosiddetto programma d'emergenza e poiché non v'è da aspettarsi che in questo periodo possano venir portati a termine ulteriori e maggiori lavori legislativi, in base all'articolo 25 della Costituzione sciolgo il Reichstag.

A ragione, Carl Schmitt [5] ha messo in rilievo il fatto che per

[3] Prévost-Paradol, *op. cit.*, pp. 148-9; cfr. inoltre anche Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., pp. 353 ss.

[4] Costituzionalmente regolato è l'autoscioglimento nella Costituzione federale austriaca articolo 29, comma 2 e in parecchie delle Costituzioni dei Länder tedeschi.

[5] « Archiv für öffentliches Recht », nuova serie, vol. 8, pp. 170-2.

l'autoscioglimento occulto non è applicabile la norma sull' ' unicità ' e sull' ' uguale motivo ', e che ogni successivo Reichstag può ovviamente trovare la sua fine col sistema dell'autoscioglimento. Infatti, qui manca proprio l'elemento tipico per l'autoscioglimento ministeriale o presidenziale: un conflitto tra potere esecutivo e maggioranza parlamentare in cui il popolo deve fungere da giudice.

Le forme dello scioglimento ministeriale o presidenziale sono giuste quando Parlamento e popolo non posseggono piú quel grado d'identità politica dal quale il Parlamento trae la legittimazione per le sue azioni. Infatti, il diritto allo scioglimento del Parlamento nello Stato parlamentare poggia in ultima analisi sull'accordo venuto meno [6]. Visto che la Costituzione obbliga il potere esecutivo e quello legislativo ad un lavoro in comune, questa cooperazione può essere abolita prematuramente solo se c'è ragione di credere che il Parlamento non sia piú rappresentante della nazione. Se e in quali condizioni questa supposizione sia giustificata è questione che rimane riservata alla doverosa discrezione del capo dello Stato e dei suoi ministri responsabili della controfirma prescritta costituzionalmente. Le direttive, che la regina Vittoria ha fissato in una lettera a Lord Russel, nel forte risalto dato alla necessità del riserbo, mostrano che, con eccezione del divieto di due casi ancora da trattare (scioglimento prima dell'insediamento e scioglimento per uguale motivo), al giudizio discrezionale è lasciato un ampio spazio [7]. Perciò, anche il provvedimento presidenziale di scioglimento del 4 giugno non può essere ritenuto anticostituzionale. Supporre che la durata della legislatura rappresenti una presunzione incontestabile di una volontà popolare costante è errato. Se fosse cosí, sarebbe inutile l'istituzione dello scioglimento del Parlamento. D'altra parte, la proposizione aggiunta come motivazione al provvedimento di scioglimento, che la conclusione delle votazioni regionali avrebbe dimostrato che la composizione del Reichstag non corrisponde piú alla volontà popolare, non è per nulla una motivazione nel senso dell'articolo 25 della Costituzione. Infatti, questa motivazione teorico-costituzionale per il diritto di scioglimento del capo dello Stato sta alla base di ogni scioglimento fintan-

[6] Un effetto di quella richiesta d'identità è lo scioglimento del Parlamento previsto in alcune Costituzioni in caso di mutamento della Costituzione, cfr. la Costituzione belga articolo 131. Su ciò ugualmente poggia la prassi costituzionale inglese, che considera necessario uno scioglimento del Parlamento in caso di trasformazioni del diritto elettorale.

[7] *Letters of Queen Victoria*, p. 348. Lí si dice: « La facoltà di scioglimento è uno strumento molto stimato e prezioso nelle mani della Corona, che però dev'essere usato solo in casi estremi e con prospettive di successo. Se, però, usando questo strumento si è battuti, allora ciò è dannoso e spiacevole tanto per la Corona che per il paese ».

toché la storia costituzionale conoscerà questo istituto giuridico; essa è la base per il motivo di scioglimento che deriva dalla mutevole situazione politica, ma non lo rende indispensabile. Lo scioglimento del Reichstag del 4 giugno 1932 è perciò da considerarsi come « avvenuto senza dichiarazione di motivi », un procedimento che certo già Lasker ha criticato nella *Konfliktzeit* prussiana in occasione dello scioglimento del Landtag del 1863 [8], procedimento che però può essere considerato non del tutto inamissibile secondo la Costituzione di Weimar. Certamente, il fatto che manchi una motivazione ufficiale non può indurre all'insostenibile deduzione che perciò un successivo scioglimento non potrebbe mai verificarsi per lo stesso motivo del precedente, visto che, per questo, non era stata data alcuna motivazione. La possibilità di licenziare un ministero sostenuto o almeno, come nel caso Brüning, non rovesciato dal Parlamento e di sostituirlo con un gabinetto di minoranza provvisto di ordine di scioglimento, induce facilmente ad una politica soggettiva del capo dello Stato, la cui eliminazione è proprio lo sforzo della Costituzione democratico-parlamentare. Perciò, non è strano che l'ammissibilità di tale forma offensiva di scioglimento del Parlamento sia rimasta per lungo tempo controversa. Con i principali autori inglesi [9], però, quella procedura la si dovrà considerare ammissibile dal punto di vista giuridico-costituzionale, dopo che in Inghilterra è stata introdotta nel 1784 e nel 1834, certo non senza obiezioni ma comunque senza resistenze pratiche. Anche la maggioranza della commissione costituzionale dell'assemblea nazionale di Weimar — trattando questa questione — ha affermato l'ammissibilità di una tale procedura [10]. Questo scioglimento in forma offensiva del Parlamento nello Stato democratico-parlamentare si differenzia certo dallo scioglimento in forma offensiva della monarchia costituzionale [11], poiché non solo di fatto ma anche di diritto la decisione del popolo, a cui viene chiesta l'opinione, deve oramai essere posta a fondamento della politica futura, tanto sotto il rispetto personale che sotto quello reale. Poiché il senso dello scioglimento è produrre una decisione del popolo sovrano, a questa decisione deve spettare un significato diverso da quello spettante agli

[8] Lasker, *Zur Verfassungsgeschichte Preussens*, Leipzig 1874.

[9] W. Anson, *Law and custom of the Constitution*, 1909, vol. I, p. 309. Dicey, *Law of the Constitution*, 1915, p. 432; cfr., però, la contenuta presa di posizione in M. Mac Donagh, *The english King*, 1929, e la posizione di rifiuto dello studio di P. Matter, *La dissolution des assemblées parlementaires*, Paris 1898, p. 191.

[10] *Protokolle des Verfassungsausschusses*, pp. 252-53.

[11] Cfr. A. Esmain, *Elements de droit constitutionel*, a cura di H. Nézard, Paris 1928, vol. I, p. 176, e le considerazioni che C. Schmitt vi collega in « Archiv für öffentliches Recht », vol. 8. p. 166.

atti statali ordinari degli organi subalterni al popolo sovrano. Se l'elettorato deve decidere se capo dello Stato, gabinetto o Parlamento hanno fatto la politica reputata giusta dalla maggioranza del popolo, questa decisione sarebbe senza senso qualora non conducesse il complesso di questioni, intorno alle quali sono sorti i dissidi, ad una decisione definitiva. Le norme di sicurezza che molte Costituzioni prevedono contro un abuso del diritto di scioglimento, sono comprensibili in relazione allo sforzo di conservare a questa decisione fondamentale il suo significato essenziale, e di non stravolgere la distribuzione del potere statale tra legislativo ed esecutivo a causa del diritto di scioglimento da parte del capo dello Stato. Inoltre, la difesa nei confronti di un immediato scioglimento del Parlamento neo-eletto prima del suo insediamento è concettualmente da distinguersi dalla difesa nei confronti di uno scioglimento troppo frequente.

È interessante che solo una Costituzione (quella portoghese) abbia ritenuto necessario dichiarare inammissibile lo scioglimento del Parlamento neoeletto prima del suo insediamento. In una aggiunta del 1885 alla Costituzione, che deve la sua origine alla paura di fronte all'esperimento di Carlo X e di fronte ai piani del 1876 di Mac Mahon, rivolti nella stessa direzione e rimasti comunque irrealizzati, un ulteriore scioglimento dopo nuove elezioni è reso dipendente da una precedente sessione della durata di tre mesi [12]. Ciò che in Portogallo è diritto costituzionale scritto, è presente in ogni Costituzione democratico-parlamentare come principio costituzionale non scritto. Poiché un nuovo scioglimento può essere motivato solo con nuove domande politiche alle quali manchi finora una risposta del popolo sovrano, che però abbiano già portato ad una evidente contrapposizione tra Parlamento ed esecutivo, la questione dell'ammissibilità di un immediato scioglimento del Parlamento prima del suo insediamento ha trovato una chiara risposta. Un comportamento analogo a quello di Carlo X nel 1830 è una violazione della Costituzione, alla quale il Parlamento neoeletto non ha bisogno di prestare alcuna attenzione [13]. Sia espressamente ricordato che l'inammissibilità di un tale scioglimento non dipende dalla questione se si debba o meno considerare esistente il Parlamento prima della sua prima riunione. Questa questione, a cui la concezione dominante nella dottrina giuridico-costituzionale [14] a ragione

[12] David. *Les Chambres Portugaises. Bulletin de la société de Législation comparée*, 1876, p. 273.

[13] Cfr. H. Pohl, *Die Auflösung des Reichstags*, 1921, p. 28; F. Giese, *Kommentar zu Art. 25 der RV*.

[14] G. Anschütz 4 all'articolo 25; Poetzsch-Heffter 3 all'articolo 25; F. Giese all'articolo 25.

risponde nel senso che il Parlamento esiste a partire dal giorno delle elezioni, passa in seconda linea rispetto alla risposta fondamentale che è da dare a partire dal senso immanente delle istituzioni democratico-parlamentari. Nella democrazia parlamentare le elezioni hanno assunto sempre piú carattere plebiscitario. Ciò diviene immediatamente manifesto in Inghilterra dove si è abituati a formulare per le elezioni domande concrete. Ma anche in Germania, dove il partito, non la decisione politica nel singolo caso, sta in primo piano nella battaglia elettorale, da lungo tempo è visibile la svolta plebiscitaria. Una ripetizione dell'elezione ha perciò solo senso nel caso che esista un nuovo oggetto del plebiscito creato dall'attività dell'esecutivo o del legislativo. Perciò, nella democrazia parlamentare vi è ancor meno spazio per uno scioglimento del Parlamento prima del suo insediamento, di quanto ve ne fosse nella monarchia costituzionale [15]. Se un governo, le cui intenzioni non si sono realizzate con le elezioni, tenta di prevenire il voto di sfiducia del Parlamento con un ulteriore scioglimento per il quale ottiene l'approvazione del capo dello Stato, allora esso agisce in modo anticostituzionale. In tal caso, alla questione del ' motivo uguale ' e della ' unicità ' non spetta alcuna importanza, poiché essa ha come presupposto l'esistenza di disaccordi tra esecutivo e legislativo, la possibilità di una maggioranza parlamentare diversa dalla volontà popolare. Un Parlamento che non abbia ancora iniziato la sua attività non può avere divergenze con un governo, la cui nomina spetta, secondo i princípi democratici, soltanto ad esso. Un popolo che ha votato il 31 luglio, non può il 4 agosto essere in disaccordo con un Parlamento la cui gestione non gli ha ancora dato alcun motivo per una presa di posizione [16].

Se si prescinde, dunque, dal caso dell'immediato scioglimento del Parlamento prima dell'insediamento, per il quale le Costituzioni non ritengono necessaria una particolare regolamentazione poiché rientra nell'ambito dell'alto tradimento, allora sono due i mezzi con i quali le Costituzioni vorrebbero prevenire un'applicazione il-

[15] Già gli scrittori della monarchia costituzionale hanno respinto un tale diritto di nuovo scioglimento immediato (*sofortiges Wiederauflösungsrecht*), con la motivazione che la Camera avrebbe dovuto provare con l'attività svolta fino a quel momento che, con la sua attuale composizione, non ci si poteva aspettare un'azione vantaggiosa per lo Stato; cfr. Roenne, *Preussisches Staatsrecht*, I, par. 66, e M. von Seydel, *Komm. z. Verf.-Urkunde für das deutsche Reich*, 1897, p. 206.

[16] Cosí la letteratura in raro accordo: L. Duguit, *Droit constitutionel*, II, p. 645; Esmain, *op. cit.*, I, p. 176; Saint Girons, *Essai sur la Séparation des Pouvoirs*, Paris 1881, p. 348; Todd, *Parlamentarische Regierung in England*, 1871, vol. 2, p. 350; Dicey, *op. cit.*, pp. 428, 433-4; Pohl, *op. cit.*, p. 27, e *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. I, p. 487.

lecita, data dall'eccessivo uso del diritto di scioglimento. La piú efficace protezione in questa direzione è stata per lungo tempo ritenuta la necessità della controfirma da parte di ministri responsabili, alla quale si aggiunge ancora, nella repubblica democratica, la possibilità di accusare il presidente di fronte alla Corte costituzionale. Anche nelle consultazioni della commissione per la Costituzione di Weimar il mantenimento della controfirma responsabile fu di decisiva importanza per l'introduzione del diritto presidenziale di scioglimento. Sono reminiscenze della mentalità borghese del costituzionalismo monarchico, idee di inviolabilità della Costituzione ugualmente assoluta per tutti i ceti candidati ad un ministero, quelle che qui elevano l'onore personale del ministro che controfirma a garante della costituzionalità dello scioglimento. Poiché, però, oggi da noi non solo manca una comune convinzione costituzionale, ma in un paese con tali contraddizioni politiche e sociali non sono neppure presenti ceti candidati a ministeri che siano sostenuti da una *communis opinio*, non si dovrebbe piú sopravvalutare eccessivamente la funzione protettiva della controfirma.

Alcune Costituzioni europee hanno vincolato il diritto di scioglimento all'approvazione di una Camera alta con o senza impronta federalistica [17]. La nuova Costituzione spagnola del 9 dicembre 1931 ha sí concesso al presidente della repubblica un diritto di scioglimento, con la riserva però di poterlo esercitare solo due volte nel periodo della sua carica, e che l'ordinanza di scioglimento dev'essere motivata. Il secondo scioglimento, però, per il presidente rappresenta un rischio molto alto perché la Costituzione prevede espressamente, come primo atto ufficiale delle nuove Cortes, una delibera sulla necessità di esso. Se questa necessità viene negata, ciò comporta la destituzione del presidente. Dunque, di fatto la Costituzione spagnola ammette solo un unico scioglimento dell'assemblea legislativa e inoltre concede al presidente di promuovere ancora, durante il suo incarico, un plebiscito riguardo alla sua gestione. La Costituzione di Weimar, al posto di limitazioni formali della facoltà di scioglimento, ha tentato di istituire limiti materiali. Decisive per questo tentativo sono state le esperienze della

[17] Cosí l'articolo 5 della legge del 25 febbraio 1875 vincola il diritto di scioglimento del presidente della Repubblica francese al consenso del Senato; la Costituzione federale austriaca nel suo articolo 100 lo vincola ad una maggioranza qualificata del Consiglio regionale (*Länderrat*), mentre la Costituzione bismarckiana col suo articolo 24 affida il diritto di scioglimento al *Bundesrat* previo consenso del Kaiser. Un debole punto di partenza per la limitazione contenutistica del diritto di scioglimento, lo si può tutt'al piú vedere nella Costituzione piccolo-statale prerivoluzionaria di Reuss, che, nel suo par. 97, comma 1, ammette, certo, in maniera illimitata il diritto di scioglimento del principe, ma solo dietro dichiarazione dei motivi.

Konfliktzeit prussiana. Si voleva impedire, come Hugo Preuss dice, che « il Reichstag e l'elettorato fossero resi a poco a poco arrendevoli » [18]. Carl Schmitt, riallacciandosi a questa formulazione di Preuss, ha sollevato la questione se nella repubblica democratica quella norma possa assumere la stessa funzione come nella monarchia costituzionale [19]. Poiché, però, la posizione del presidente è determinata meno dalla definizione dei princípi costituzionali democratico-parlamentari che dallo sviluppo storico, la funzione del diritto presidenziale di scioglimento non può essere fissata chiaramente dal punto di vista teorico. Lo sviluppo della situazione francese ha, come è noto, eliminato, per mezzo di consuetudini giuridiche, il diritto di scioglimento e perciò ha portato ad una estesa emarginazione del presidente dalla politica attiva. In Germania il presidente ha ottenuto una impensabile pienezza di poteri che non solo equivale a quella del monarca costituzionale, ma addirittura la supera. Le limitazioni materiali che il legislatore costituzionale ha posto, tenendo presenti le esperienze fatte con la monarchia prussiana all'epoca della *Konfliktzeit*, hanno dunque un significato attualissimo. Se, però, il legislatore costituzionale voleva impedire che la repubblica democratica, col sistema del diritto di scioglimento, si trasformasse in una dittatura presidenziale, allora le norme riguardo all' ' unicità ' e all' ' uguale motivo ' — se sono riconosciute come protezione supplementare contro un abuso del diritto di scioglimento — debbono essere interpretate solo in modo tale da tener presenti i propositi del legislatore costituzionale. È perciò inammissibile una interpretazione che contrapponga la ragione che sta realmente alla base dello scioglimento, al motivo esterno indicato nell'ordinanza di scioglimento e che attribuisca solo a quest'ultimo un significato giuridico-costituzionale [20]. Poiché il presidente può scegliere liberamente le modalità di motivazione dell'ordinanza di scioglimento (sempreché egli la motivi), lo scopo della norma costituzionale potrebbe — con l'aiuto dell'interpretazione data — rovesciarsi nel suo contrario. Al posto di una limitazione materiale del diritto di scioglimento subentrerebbe una facoltà di scioglimento di fatto illimitata, che si potrebbe ottenere prendendo arbitrariamente a pretesto motivi esterni fungibili. Ogni progetto di legge rifiutato, ogni bancarotta potrebbero costituire tale motivo esterno.

Da una parte, il diritto di scioglimento è dunque limitato dal fatto che un motivo esterno, a piacere, irrilevante per il complesso degli avvenimenti politici, non può fornire il comodo pretesto per

[18] *Protocolli del Comitato costituzionale*, p. 251.
[19] C. Schmitt in « Archiv des öffentlichen Rechts », vol. 8, p. 169.
[20] W. Schelcher in « Deutsche Juristenzeitung », 1924.

respingere l'uguaglianza del motivo. Dall'altra parte, proprio l'esperienza della *Konfliktzeit* prussiana mostra che un ulteriore tentativo di cambiare la struttura politica fondamentale del paese tramite ripetuti scioglimenti per mezzo della quantità di poteri data al presidente, è inammissibile. Ai padri democratici della Costituzione di Weimar apparve illecito il tentativo di Guglielmo I di differire dispoticamente, tramite ripetuti scioglimenti, il rapporto tra borghesia di possesso da una parte e nobiltà e monarchia dall'altra, sebbene, perlomeno nel periodo tra il 1860 e 1866, non vi fossero stati fondamentali mutamenti sociali o politici di nessun genere. Se si considera da questo punto di vista, che fu chiaramente quello del legislatore di Weimar, la tesi secondo la quale anche generiche difficoltà parlamentari potrebbero rappresentare la base per un'ulteriore scioglimento, in questa forma generica essa non può essere considerata impensabile. Fintantoché le difficoltà di formazione del governo poggiano solo sul generale rapporto di forza sociale e politico come pure sul fatto che un numero di gruppi d'interesse e di visioni del mondo è costretto a formare coalizioni, non sussiste alcun motivo di scioglimento. Per permettere ad uno di questi gruppi di migliorare la sua posizione, non si può abusare del diritto di scioglimento. Solo quando vi siano visibili segni che le difficoltà parlamentari si fondano su una trasformazione dei rapporti politici e sociali, causata dall'incertezza dei vecchi fattori di potere, solo allora può aver luogo uno scioglimento. Infatti, vi deve essere sempre un certo grado di probabilità che la maggioranza parlamentare non corrisponda piú alla volontà popolare. La causa dello scioglimento non può quindi essere mai determinata formalmente, bensí dev'essere sempre ricondotta, in misura ragionevole, ad un probabile mutamento della volontà popolare. È l'idea della neutralità costituzionale del presidente, quella che in ultima istanza definisce estensione e limiti della facoltà di scioglimento. Non solo il destino dell'attuale presidente, ma addirittura la sopravvivenza della repubblica democratica in generale dipendono da quanto spazio vi sia ancora, nello stadio odierno dello sviluppo politico, per una neutralità di tal genere.

La dottrina costituzionale del conflitto prussiano (1932)

Quando, nel 1919, l'assemblea nazionale, nata dalla libera decisione dei lavoratori socialisti tedeschi, si riuní a Weimar, sembrò presentarsi una nuova età dell'oro del costituzionalismo tedesco interrottasi cosí improvvisamente nel XIX secolo. La fiduciosa collaborazione tra i rappresentanti del partito di maggioranza della classe lavoratrice tedesca e ampi strati della borghesia tedesca, che allora, anche nella selezione dei suoi rappresentanti parlamentari rappresentava una certa unità — nel frattempo da un pezzo andata perduta — di possesso e cultura, sembrava fornire la condizione per una nuova comunità giuridica democratico-parlamentare. Il minimo di punti di vista fondamentali comuni, indispensabile per una tale comunità giuridica, era legato all'esistenza di una borghesia liberale, capace di un autonomo compromesso con i lavoratori. Per il graduale venir meno di questa condizione fondamentale, è caratteristica la differenza delle due epoche politiche della Repubblica tedesca. Dal 1919 al 1922 la Repubblica tedesca si fondò sulla libera coalizione che la socialdemocrazia tedesca aveva formato negli ultimi anni di guerra con la rappresentanza politica della componente cattolica della popolazione e con le frazioni liberal-borghesi. In questi anni la Repubblica ebbe un governo parlamentare relativamente vicino a forme occidentali di organizzazione con il suo ovvio correlato di una pienezza di poteri politici del Parlamento. Il periodo che va dalla stabilizzazione all'instaurazione della dittatura presidenziale ne porta una diversa impronta, anche se non sempre è apparsa chiaramente all'esterno. Al posto di una borghesia autonoma, che supera la differenziazione dei suoi interessi economici mediante una coscienza culturale e una consapevolezza del potere unitario, subentrò l'assolutismo di associazioni economiche (*Verbandsabsolutismus*) che riuní in sé i grandi strati della media borghesia e dei piccoli e medi agricoltori, in modo ormai estrinseco mediante

una finta prosperità economica, ma non piú mediante un atteggiamento politico di fondo che fosse vincolante anche per questi ceti. Nell'era Stresemann *, nell'epoca cioè dell'ultimo esponente — che andava già fortemente sbiadendo di fronte al tipo *à la* Naumann — di un rappresentativo « sentimento borghese nazional-liberale », si compie la completa riduzione del comportamento della coscienza borghese al suo substrato economico. Al posto di un governo parlamentare subentra il compromesso delle forze sociali realizzantesi secondo la rispettiva posizione di potere, per cui la borghesia statale assurge all'autonoma posizione di potere arbitrale.

L'importanza del governo in carica (e con ciò anche del Parlamento che lo sostiene) diminuisce sensibilmente. Burocrazia e associazioni sociali determinano in modo cosí decisivo l'immagine statale, nell'epoca di apparente floridezza capitalistica, che il governo parlamentare in carica esercita spesso un'influenza inversamente proporzionale alla sua composizione partitica. Basti ricordare che l'assicurazione contro la disoccupazione è sorta in Germania all'epoca del gabinetto Marx-Keudell **. In quest'epoca, in cui l'autorità dei governi parlamentari svaniva dietro alla figura fantastica del dirigente dell'economia, in connessione con l'ambito sempre piú esteso d'attività dello Stato, si sviluppò l'accresciuta importanza di una burocrazia resasi autonoma, che forniva i punti di partenza interni per l'ideologia oggi imperversante dello Stato autoritario, o — in forma piú mitigata — dello Stato arbitro.

Il fondamento giuridico del nostro sistema costituzionale è formato, in senso positivo, dal Parlamento. La sua sostituzione funzionale con l'autorità del presidente del Reich, già in un paese con contrasti meno insanabili che in Germania, dovrebbe mettere in discussione i princípi positivi del sistema costituzionale. Qui l'elezione del presidente non esprime l'unità di una volontà popolare, bensí, come è stato il caso dell'elezione del presidente del Reich nella primavera del 1932 ***, solo la presa di posizione tattica rispetto ad una acuta situazione politica [1]. Tanto piú, il richiamo,

* Gustav Stresemann (1878-1929) Cancelliere della prima 'grande coalizione' nel 1923 e poi fino alla sua morte ministro degli Esteri della Repubblica legò il suo nome agli anni della stabilizzazione.

** Nel 1924.

*** Nel 1932 Hindenburg (1847-1934) fu rieletto Reichspräsident con i voti socialdemocratici, in contrapposizione a Hitler e al candidato della KPD Thälmann.

[1] Questo dato di fatto è messo in rilievo nell'articolo di fondo della « Arbeiterzeitung » di Vienna del 14 marzo 1932: « Milioni di lavoratori tedeschi hanno eletto a presidente del Reich Hindenburg, per impedire l'elezione di Hitler. È stata una manovra politica, uno sfruttamento dei contrasti che vi sono nel campo della reazione ».

divenuto usuale, al potere presidenziale come fonte giuridica di uno Stato che si espande sempre piú, significa la definitiva rinuncia a quegli elementi della Costituzione di Weimar, che danno indiscussa preminenza, nella gerarchia delle fonti giuridiche, alla legge parlamentare della volontà democratica popolare.

È significativo che, nel processo di riduzione al quale sottostà il senso positivo della Costituzione di Weimar, la funzione scientifica del diritto costituzionale incorra nel pericolo di non rifarsi piú alla Costituzione di Weimar neppure nella risposta a questioni giuridiche positive. A tal riguardo, non si tratta dell'inclusione, attuata vigorosamente già da Hugo Preuss, di elementi storici e sociologici in considerazioni di diritto costituzionale. Infatti, anche questo modo di considerare, divenuto nuovamente corrente in Germania dopo il superamento del formalismo di Laband, deve fornire al giudice i mezzi per poter giudicare un caso concreto di prassi statale in base al diritto costituzionale. Questo modo di considerare si contraddistingue particolarmente — dal punto di vista della prassi giuridica — per il fatto che il fondamento ideologico deve trovar posto anche nella sentenza stessa e non solo nella riflessione, che rimane sconosciuta, del suo autore. Il lavoro scientifico sulle questioni costituzionali, che oggi, corrispondentemente alla legge della domanda e dell'offerta, ha assunto dimensioni ben maggiori che in precedenza [2], e si avvicina piuttosto ad un tipo di scienza che lo scritto di un ambasciatore veneziano dell'anno 1740 definisce molto appropriatamente come « scienza delle circostanze » [3]. Ciò comporta però un cambiamento dal diritto costituzionale alla dottrina tecnica del potere, oppure, per esprimersi con le parole di questo veneziano, la scienza delle circostanze concrete « è il vero modo di governare ed avvantaggiare i principati » *. Di fronte a questo spostamento dei fondamenti assiomatici del pensiero giuridico-costituzionale ci si deve con tutta chiarezza tener fermi al fatto che nessuno degli attuali detentori del potere ha mai osato abrogare la Costituzione di Weimar come tale. Essa non può essere abrogata perché le ultime elezioni del Reichstag hanno chiaramente dimostrato che, certo, la democrazia parlamentare che sta a base della Costituzione di Weimar non possiede piú alcun fondamento sociale nella struttura del popolo, ma che, d'altra parte, una decisa trasformazione dei suoi fondamenti politici e organizzativi è al momento attuale resa impossibile dalle forze, che si neutralizzano reciproca-

[2] Cosí ad esempio l'attivo « Tat-Konzern » riempie mensilmente almeno un articolo di rivista con un nuovo « concetto di Costituzione » che gioca sulla differenza di ' auctoritas ' e ' potestas '.

[3] L. von Ranke, *Französiche Geschichte*, V, 1924, nota 58 a L. 17, cap. 5.

* In italiano nel testo.

mente, dei partiti democratici di massa determinanti. Perciò, ogni controversia di diritto pubblico dev'essere risolta sulla base della Costituzione di Weimar. La burocrazia resasi autonoma, che esercita temporaneamente il potere parlamentare di assestamento del diritto all'ombra dell'apparato fisico di potere dello Stato nella organizzazione di un potere presidenziale plebiscitario, deve mantenere, nella sua motivazione di dominio essenzialmente negativa, perlomeno i limiti ai quali è legato anche il legislatore parlamentare qualora non possegga una maggioranza in grado di mutare la Costituzione. Le istituzioni fondamentali del diritto costituzionale vigente, le quali, secondo la dottrina di Carl Schmitt, non possono essere mutate sulla scorta dell'articolo 76 della Costituzione neppure dal legislatore che la revisiona [4], sono dunque immuni anche dagli attacchi del presidente del Reich.

Di queste istituzioni fondamentali, immuni di fronte al potere presidenziale, fa parte la Costituzione statale interna del Reich, come è risultato dalle disposizioni organizzative della Costituzione di Weimar in rapporto con la trasformazione strutturale continua delle forme tedesche di organizzazione interna. In questa osservazione non è contenuta alcuna dichiarazione di federalismo, come quello a cui mira il governo bavarese con le sue istanze alla Corte costituzionale nel conflitto prussiano. Infatti, indipendentemente dal fatto che nel 1919 potesse o meno essere riconosciuta ai Länder qualità di Stato, nel frattempo si è comunque verificato che le possibilità di attività legislativa aperte per Costituzione ai Länder, oggi si limitano di fatto all'ambito dell'organizzazione ecclesiastica e dell'istruzione, del coordinamento delle misure economiche e paesistiche e del regolamento interno dei funzionari regionali. L'attività principale dei Länder poggia oggi manifestamente sui tre grandi ambiti amministrativi della polizia, della giustizia e della cultura, nei quali ad essi rimane un'autorità autonoma. Tramite il possesso di questi tre grandi diritti di sovranità, i Länder divennero, in misura ancor maggiore che i corpi di autoamministrazione, fattori equilibranti della politica interna tedesca. Essi poterono, cosí, fino ad un certo grado, impedire che la necessaria unitarietà della conduzione dello Stato giungesse in singoli territori ad un contrasto troppo forte con le tendenze politiche lí dominanti. I Länder divennero gli assi portanti di quel sistema dei poteri intermedi, che miravano, ognuno nel suo ambito e con i suoi mezzi, tramite l'allargamento della base amministrativa tra i ceti politicamente rappresentativi della popolazione, ad una certa stabilizzazione e quindi anche ad una reciproca neutralizzazione. Cosí, ad esempio, sorse, nonostante tutte le oppo-

[4] Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 26.

ste tendenze frenanti, un certo spazio per il modello bavarese della democrazia agraria conservatrice, e la lega prussiana tra lavoratori e componenti cattoliche della popolazione ha ottenuto efficacia perlomeno là, dove entrambi questi ceti della popolazione avevano una grande importanza.

Questa situazione giuridica, cosí come si è formata sotto il dominio della Costituzione di Weimar, è stata eliminata dall'ordinanza presidenziale del 20 luglio 1932 riguardante il ripristino della sicurezza e ordine pubblici nel territorio prussiano, e dalle misure prese su questa base. Sorge la questione se l'art. 48 commi 1 e 2, sui quali il governo del Reich ha poggiato indistintamente la sua azione, costituisca perciò un fondamento adatto. Nonostante lo scetticismo molto diffuso nei confronti della verifica giuridica delle misure presidenziali, dovrà darsi, come base di valutazione per questa condotta, una discussione sulla scorta delle concrete norme costituzionali. Non senza ragione, la Costituzione di Weimar ha introdotto, in contrapposizione alla Costituzione imperiale, al posto della vecchia Camera alta, la Corte dello Stato, quale istanza competente per i contrasti tra Reich e Länder e quindi anche per la questione della premessa giuridica della *Reichsexekution*.

Non c'è bisogno di fare qui alcuna considerazione sul fatto se la sostituzione della Camera alta con la Corte dello Stato fosse intesa, quanto alla tendenza, federalisticamente o unitariamente [5]. Perlomeno, da ciò risulta evidente la tendenza a lasciar decidere da un ufficio indipendente, non appartenente né alla diretta burocrazia amministrativa del Reich, né alla diretta burocrazia amministrativa dei Länder, i punti contrastanti tra Reich e Länder. Per questi motivi, non costituisce valida obiezione contro la facoltà decisionale della Corte dello Stato nemmeno sottolineare il carattere essenzialmente politico delle questioni in giudizio. In generale, l'esortazione ad affidarsi alla Corte dello Stato nel giudicare le controversie della vita statale, espressa da Carl Schmitt, e con particolare accento anche dal precedente presidente di questo tribunale Simons [6], può essere del tutto legittima. In questo caso particolare, però, la Corte dello Stato è stata interessata quale istanza che decide le controversie tra Reich e Länder con piena coscienza del carattere altamente politico di tali differenze, cosicché non è ammissibile pretendere da essa un'astinenza che in realtà porrebbe l'organizzazione interna del Reich a libera disposizione del presidente.

[5] H. Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Länder*, in *Festgabe für W. Kahl*, Berlin 1923, in particolare cap. IX.

[6] C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, I, 4, e W. Simons in *Einleitung* a H. Lammers-W. Simons, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshof*, Berlin 1930, vol. 2.

La Corte dello Stato sarà dunque chiamata a decidere se siano poste le premesse per l'applicazione dell'articolo 48. Inoltre, il governo del Reich si è richiamato indistintamente ai commi 1 e 2, sebbene a questo riguardo il rimprovero di « una certa incostanza dilettantistica nell'applicazione della Costituzione », che Hugo Preuss fece in occasione di un precedente avvenimento di tal genere [7], avrebbe dovuto esortare ad un particolare riserbo. Infatti, le premesse per l'applicazione delle due delibere sono assolutamente diverse e perciò i fondamenti giuridici per entrambe devono essere esaminati separatamente [8].

Se l'articolo 48 comma 1 stabilisce che il presidente del Reich, nel caso di inadempienza agli obblighi previsti dalla Costituzione e dalle leggi del Reich, può sollecitare un Land con l'ausilio delle forze armate, allora questa norma presuppone come ovvio il fatto che agli organi costituzionali del Land sia giunta una notifica di quali reclami vengano sollevati da parte del Reich. Non è necessario andare cosí lontano come Triepel, il quale ritiene ammissibile una *Reichsexekution* in conformità al comma 1 dell'articolo 48 solo dopo una avvenuta sentenza della Corte dello Stato che stabilisce la violazione dei doveri da parte del Land. Il dovere di accordo in modo confacente alla Confederazione, che vede nell'invocare la Corte dello Stato e nella *Reichsexekution* solo *l'ultima ratio*, presuppone però come minimo che sia data al Land la possibilità di eliminare le mancanze contestategli. Se, con ragione, nello stretto rapporto di Reich e Länder, in una invocazione troppo frequente della Corte dello Stato si vede un abuso delle forme [9], allora, nell'uso del potere esecutivo dell'articolo 48 comma 1 senza un precedente tentativo di comprensione o anche solo di dissuasione, sta uno dei casi piú grossolani e manifesti di abuso delle forme. Poiché, ora, al governo prussiano non giunse alcuna ammonizione ed esso fu citato indiscutibilmente dal commissario del Reich presso il cancelliere del Reich e solo per l'accettazione della sua destituzione, bisogna concordare con Nawiasky sul fatto che, non vi erano le condizioni giuridiche essenziali per una *Reichsexekution* contro lo Stato prussiano [10].

La premessa per l'applicazione dell'articolo 48 comma 2 è il

[7] H. Preuss, *Um die Reichsverfassung von Weimar*, Berlin 1928, p. 37.

[8] G. Anschütz, in *Handbuch des deutschen Statsrechts*, I, par. 33; Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*, Heidelberg 1929, p. 108.

[9] R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin 1928, pp. 172-3, e, riferito a questo, H. Heller in « Frankfurter Zeitung », 7 agosto 1932.

[10] H. Nawiasky in una serie di articoli nel « Bayrischer Kurier », del 26, 27, e 29 luglio 1932. Altrettanto F. Giese nella « Deutsche Juristenzeitung » (d'ora in poi DJZ), 1932, c. 1022.

dato di fatto di una notevole turbativa della sicurezza e ordine pubblici. Constatare se vi sia stata questa premessa è compito della verifica giudiziaria. Nelle sentenze della Corte dello Stato avutesi fin qui sulla questione delle premesse dell'articolo 48 comma 2, che del resto finora non riguardarono mai una disputa di diritto tra il Reich e un Land, la Corte dello Stato ha considerato fondato il decreto di ordinanze di emergenza come provvedimento straordinario di necessità dopo il parere d'obbligo del governo, fintantoché dalle condizioni dell'epoca non risulti inequivocabilmente il contrario [11]. Dedurre da ciò una presunzione per la legalità della condotta del governo del Reich è sbagliato. Una tale presunzione è certo possibile nel rapporto tra Stato e cittadini, non però nel rapporto tra due organi statali. Poiché, poi, ogni organo statale pretende per sé la presunzione della legalità del suo agire, le presunzioni contrastanti si annullano vicendevolmente. Nemmeno dalla disputa sulle spese di polizia tra Turingia e Reich è deducibile qualcosa di opposto. Se allora la Turingia rese credibile il fatto che il non pagamento dei sussidi di polizia, anche soltanto fino al momento della sentenza, l'avrebbe condotta in una situazione di grave necessità finanziaria, e se d'altra parte, però, il Reich rese attendibile che anche un pagamento solo provvisorio dei sussidi di polizia avrebbe comportato, nella situazione allora dominante, una notevole minaccia per l'ordine e la sicurezza, la Corte dello Stato, di fronte ad affermazioni cosí contraddittorie, poté respingere una disposizione provvisoria cosí come aveva fatto nella controversia tra Prussia e Reich. Una sentenza nel merito (*in der Sache selbst*) allora non fu emanata [12], cosicché il sistema delle presunzioni nelle sentenze di merito (*Sachentscheidung*), conformemente all'articolo 19 della Costituzione, non è assolutamente da ritenersi applicabile [13]. Perlomeno, però, qui non si tratta di presunzioni giuridiche irrefutabili, bensí, di presunzioni che possono venir invalidate nel procedimento di prova dinnanzi alla Corte dello Stato [14]. Certamente, questa argomentazione sarebbe incredibilmente difficile assumendo la formulazione sopracitata scelta dalla Corte dello Stato; essa condurrebbe semplicemente alla sostituzione nella pratica del comma 1 dell'articolo 48 con il comma 2, mentre è assolutamente chiaro che l'articolo 48 comma 1 regola le possibilità della coercizione fisica nel rapporto tra Reich e

[11] *Entscheidungen des Reichtsgerichts in Zivilsachen*, vol. 134, supplemento p. 44.

[12] Cfr. il resoconto del processo fornito da Koellreutter in « Archiv für öffentliches Recht », nuova serie, vol. 20.

[13] La concezione opposta è rappresentata da C. Schmitt nella DJZ, 1932, c. 958.

[14] Cosí F. Giese nella DJZ, 1932, c. 1022.

Länder e che il comma 2 può avere qui un significato del tutto sussidiario. Un evidente esempio d'abuso dell'articolo 48 comma 2 lo dà, sotto questo riguardo, la proclamazione dello stato d'emergenza a Berlino e nella provincia del Brandeburgo nell'ordinanza presidenziale del 20 luglio, che, come è stato ammesso, fu fatta allo scopo di poter allontanare con la forza militare dai suoi incarichi il governo prussiano. La turbativa della quiete e ordine pubblici consisteva qui, dunque, semplicemente nel fatto che il gabinetto prussiano si permetteva di richiamare l'attenzione, in maniera amichevole nei confronti della Confederazione, sul fatto che non si davano a suo parere le premesse giuridiche dell'articolo 48 comma 1. Nella questione dell'applicabilità dell'articolo 48 comma 2 sarà dunque necessario un esame giuridico per constatare se sia stata causata dal governo prussiano una notevole turbativa dell'ordine e della sicurezza pubblici. Contro il governo prussiano si sarebbe potuto procedere solo se fosse stato esso stesso a causare la turbativa della sicurezza e dell'ordine, e non un'obiettiva situazione di guerra civile con cui esso stava in un rapporto certo non maggiore che il senato di Amburgo o il governo sassone — anch'essi governi di regioni con una forte popolazione industriale *.

Riguardo alla condotta del governo del Reich si è soltanto addotto che al governo d'affari prussiano è stata attribuita una grave colpa che gli ha conferito la posizione di un governo d'affari illegale, per così dire, in rapporto agli altri governi d'affari tedeschi. Come è noto il Landtag prussiano il 12 aprile 1932 ha mutato il paragrafo 20 del suo regolamento interno nel senso che, al posto del ballottaggio previsto fino ad ora, il primo ministro può essere eletto soltanto con la maggioranza dei voti espressi. Si è rimproverato a questo mutamento, connotato come « procedimento da colpo di Stato », che con esso sarebbe stato eliminato il fondamentale principio parlamentare dell'uguale *chance*, poco prima che il Partito nazionalsocialista per la prima volta avesse potuto farne uso [15]. Questa veduta disconosce che il mutamento, che del resto creò per la Prussia solo la condizione giuridica già esistente in Baviera, Sassonia, Assia, ha fatto pienamente valere per la prima volta il principio parlamentare dell'articolo 17 della Costituzione. Poiché, secondo il precedente regolamento prussiano, sussisteva la possibilità che la minoranza del Landtag eleggesse, con lo strumento del

* Il riferimento è al 1923. Cfr. nota p. 54.

[15] C. Schmitt nella DJZ, 1932, c. 957; altri autori (il conte Westarp in DJZ, 1932, c. 574; Braatz in DJZ, 1932, cc. 978 ss.) distinguono tra la parte moralmente riprovevole di questa azione e quella ammissibile costituzionalmente. Per ciò che riguarda la costituzionalità vedi anche F. Giese in DJZ, 1932, c. 1021.

ballottaggio, un primo ministro che aveva ottenuto un immediato voto di sfiducia dalla maggioranza del Landtag precedentemente esistente: questo presidente senza aver mai avuto la fiducia della maggioranza del Landtag, avrebbe guidato il ministero d'affari. Se però il principio parlamentare prevede l'espediente del ministero d'affari, ne garantisce la continuità con il Parlamento presupponendo, quale inabrogabile principio per il ministero d'affari, una fiducia ricevuta perlomeno una volta in precedenza dalla maggioranza del Landtag. Non si tratta, dunque, del fatto che il mutamento del regolamento interno prussiano fosse in contraddizione con la Costituzione del Reich. Il fatto che esso non possa essere confrontato con la Costituzione del Land o anche soltanto con la volontà della maggioranza del Landtag d'allora, procede dal dato di fatto, spesso non considerato, che le istanze concernenti il ripristino della precedente situazione, nel nuovo Landtag sono state ritirate dai richiedenti. Il governo d'affari prussiano Braun possedeva dunque lo stesso grado di legalità di tutti gli altri governi d'affari tedeschi. La tesi, che è stata sporadicamente avanzata, che il governo d'affari rappresenti comunque una violazione dell'articolo 17 della Costituzione, non è stata fatta propria, per motivi facilmente comprensibili, dal governo del Reich. Del resto l'articolo 17 prescrive solo l'osservanza del principio parlamentare, che non viene violato dal dato di fatto di un governo d'affari [16]. Lo speciale trattamento riservato al governo d'affari prussiano rappresenta cosí una grave violazione del principio del necessario trattamento paritario di tutti i Länder da parte del potere del Reich.

Ora, però, il governo del Reich non è affatto un incondizionato sostenitore del principio dell'uguale *chance*, bensí lo vuole limitato ai partiti che non stanno al di fuori « della convivenza nazionale ». È un fatto tragicomico che per il governo prussiano sia diventato fatale non aver compreso, a quanto pare, la differenza tra la *chance* incondizionata fondata nell'idea del parlamentarismo e la *chance* fondata sulla buona condotta e sulla rinuncia a un certo senso fondamentale di giustizia. La sua condotta, criticata da molti, consisteva perciò nel non avere intrapreso, a partire dalla consapevolezza dei fondamenti delle istituzioni parlamentari e contemporaneamente giuridico-costituzionali, alcuna diffamazione del Partito comunista, e nell'aver giudicato ogni singola azione secondo la legge ugualmente valida per tutti e non secondo una differenziazione, sconosciuta alla Costituzione, tra cittadini di prima e di seconda classe. Alla serie

[16] Cfr. inoltre le argomentazioni a questo proposito di Gmelin, « Archiv für öffentliches Recht », nuova serie, vol. 22, p. 236, e H. Nawiasky nella DJZ, 1932, c. 194.

degli appunti particolari, che furono addotti a giustificazione della condotta del governo del Reich, appartiene anche il ricevimento di deputati comunisti da parte del sottosegretario di Stato del ministero degli Interni. Quest'episodio merita d'essere qui ricordato solo a causa di un certo parallelismo degli avvenimenti storici. È noto il pretesto estrinseco con cui venne inscenata la destituzione di Bismarck: il ricevimento di Windthorst *. Si citi qui la risposta dello statista dell'età precedente quella del parlamentarismo al Kaiser che lo interrogava sul perché non avesse indicato la porta a Windthorst: « Io l'ho ricevuto come io, in qualità di ministro, ho sempre ritenuto e sono obbligato a fare con ogni deputato che si presenti e, le cui maniere non lo rendano impossibile » [17]. Sia richiamata molto brevemente l'attenzione sul fatto che, nell'ulteriore rimprovero di attività politica di partito svolta da ministri e da altri alti funzionari statali, è contenuto quel rifiuto di principio delle istituzioni democratiche che oramai fa parte della costruzione di una teoria costituzionale della dittatura presidenziale. La pretesa secondo la quale l'astenersi dalla pratica politica di partito crea la premessa della netta apartiticità, è una critica sin troppo misera della legalità delle manifestazioni democratiche di massa perché debba trovare ancora una particolare considerazione. Solo per curiosità si ricorda che, nel semiufficioso « Reichsverwaltungsblatt », ancora nel giugno di quest'anno la posizione dei ministri parlamentari nella battaglia elettorale fu definita nel modo seguente:

Nello scontro elettorale si combatte la loro causa e proprio per il loro orientamento politico essi sono arrivati alla carica ministeriale. Cosí non è inammissibile, anzi è proprio la regola, che essi prendano parte alla battaglia elettorale in modo particolarmente deciso; la loro posizione di ministri non è qualcosa che impedisca loro di farlo, bensí ciò che li rende particolarmente esperti in questo. [18]

È una questione di principio quella che si cela dietro il conflitto tra la Prussia e il Reich e che in modo analogo fu già sollevata a proposito del procedimento del Reich contro la Turingia e la Sassonia nel 1923. Il grande problema dell'omogeneità statale si manifestò qui con evidenza. Anche se si rifiuta la posizione federalistica, che pone come irrefutabile tesi fondamentale la non-ingerenza del Reich negli affari interni dei Länder, perché in contraddizione con

* Ludwig Windthorst (1812-91), cattolico fondatore del *Zentrum* a capo del quale rimase per moltissimi anni. Avversario di Bismarck, secondo Golo Mann (*Storia della Germania moderna*, Milano 1978, p. 275) « il parlamentare piú geniale che la Germania abbia mai posseduto ».

[17] *Gedanken und Erinnerungen*, vol. 3, p. 81.

[18] H. Ball in « Reichs- und preussisches Verwaltungsblatt », 53, p. 562.

l'effettivo sviluppo della Germania, tuttavia dev'essere ricordato che solo una certa indipendenza amministrativa dal corso politico del Reich, garantisce l'autonomia organizzativa dei Länder negli ambiti amministrativi loro riservati dalla Costituzione. Si tratta qui del fatto, se sia ammissibile pretendere dai Länder piú della sola osservanza di principio dei fondamenti della Costituzione, nel quadro delle leggi, nella stragrande maggioranza dei casi, prescritte dal Reich. Oltre a ciò, dev'essere forse positivamente sostenuto dai governi regionali anche il vigente indirizzo amministrativo di governo del Reich? Chi pretende ciò, priva di senso le norme della Costituzione del Reich che oramai tiene conto dei Länder esistenti. L'omogeneità dell'atteggiamento politico fondamentale che ogni Stato federale — e in particolar modo una forma cosí indebolita di Stato federale come quella rappresentata dal Reich tedesco — richiede, presuppone certo nel XX secolo una qualche uniformità delle istituzioni sociali e culturali. Ma l'esempio americano dello Stato La Follette del Wisconsin nel suo rapporto con gli altri Stati federali degli Usa, l'esempio austriaco del rapporto della città di Vienna con i rimanenti membri della Confederazione, mostrano che un aggregato statale formato da membri autonomi, deve saper sopportare tali salutari discrepanze proprio nell'interesse della continuità del suo sviluppo futuro. Esse perciò stanno anche del tutto nell'ambito della « possibilità costituzionale »[19]. L'azione del governo del Reich ha, tuttavia, reso impossibile in Prussia che la volontà di grandi parti della popolazione si esprimesse in maniera legale all'interno dell'amministrazione. Non v'è alcun dubbio che la Costituzione di Weimar non conceda la facoltà per questo né nel comma 1 né nel comma 2 dell'articolo 48.

Lo scopo di una *Reichsexekution* può essere solo quello di eliminare la violazione della legge o dei doveri da parte degli organi regionali e di ristabilire il piú rapidamente possibile la condizione costituzionale del loro funzionamento autonomo e conforme alla Costituzione del Reich. Lo scopo dello stato d'emergenza può essere solo quello di ripristinare nella loro precedente stabilità costituzionale la sicurezza e l'ordine turbati. In questo procedimento deve sempre rimanere assicurato « il minimo d'esistenza organizzativa »[20] del Land, che la Costituzione del Reich prescrive costrittivamente nell'articolo 17. A ciò, però, appartiene, accanto ad un

[19] Questa possibilità costituzionale di cui parla Giese (DJZ, 1932, c. 1022), non è da valutare, conformemente a ciò, del tutto negativamente nel quadro della vigente Costituzione.

[20] Cfr. K. Löwenstein, « Archiv für öffentliches Recht », nuova serie 20, p. 155, e Lympius, « Reichsverwaltungsblatt », 1932, p. 582.

Landtag autonomo, anche l'esistenza di un governo regionale autonomo. Non sono solo ' interessi regionali ' quelli che rendono necessaria la salvaguardia di un governo regionale autonomo; infatti, la Costituzione del Reich, che prescrive in modo cogente che il Consiglio del Reich e la sua composizione siano formati da rappresentanti di Länder autonomi, chiama questo corpo, quale organo necessario, a collaborare all'amministrazione e legislazione del Reich. Con ciò, essa rende il funzionamento dell'organismo del Reich dipendente dall'esistenza di governi regionali autonomi che sono in grado di farsi rappresentare al Consiglio del Reich. Rispetto a ciò, non ci si può richiamare all'opinione che la competenza dittatoriale del Presidente del Reich, in quanto autonoma disciplina di competenza, possa non tener conto anche degli articoli 17 e 63 della Costituzione del Reich [21]. L'esercizio di questa competenza autonoma trova piuttosto i suoi limiti nel contenuto della Costituzione del Reich; essa permette al Reich d'intervenire all'interno della competenza dei Länder, ma deve lasciare al Land un potere regionale autonomo, al quale è collegato l'esercizio della rappresentanza nel Consiglio del Reich tramite gli organi dei Länder sorti in maniera conforme alla Costituzioni regionali [22]. Perciò, in caso di necessità, una volta ammesse le condizioni necessarie, la polizia prussiana potrà essere subordinata transitoriamente alla direzione di un organo del Reich. Lo stesso ministro degli Interni non può essere allontanato dall'incarico, poiché, oltre alle funzioni di polizia, ne esercita anche altre in rapporto alle quali il Reich non può derivare dall'articolo 48 alcun diritto di ingerenza. Del resto, è già stato constatato, in seguito al procedimento del governo del Reich contro la Sassonia nel 1923, che la destituzione di tutto il ministero come pure l'assunzione di funzionari sostitutivi per conto del Land non trovano nella Costituzione del Reich nessun punto d'appoggio [23]. In Prussia, però, non solo tutti i ministri sono stati destituiti dalla loro carica ed è stato assunto un gran numero di funzionari sostitutivi, ma il commissario del Reich ha intrapreso, senza dubbio coscientemente, cambiamenti organizzativi tramite vaste misure di riorganizzazione, come raggruppamento di autorità giudiziarie e distretti regionali. È inspiegabile in quale relazione tali cambiamenti debbano stare con la presunta violazione dei doveri e del diritto fatta dal ministero prussiano. Vi è qui un cosí grave caso di abuso di potere,

[21] Questo sostiene Bilfinger, DJZ, 1932, c. 1020.

[22] Cosí espressamente R. Grau, *Handbuch des Staatsrechts*, par. 80, pp. 280-281.

[23] Cfr. H. Nawiasky in « Archiv für öffentliches Recht », nuova serie, vol. 9, p. 52. La delimitazione qui effettuata dei poteri dittatoriali nei confronti dei governi regionali è considerevolmente stesa già nel 1925.

che di fronte a ciò non può piú aver posto una presunzione di soggettiva buona fede del governo del Reich [24].

Quel versante costituzionale della disputa giuridica ' Prussia *contra* Reich ' mostra — indipendentemente da quale effetto pratico possa ancora produrre *post festum* la decisione della Corte dello Stato — che il governo del Reich non attribuisce alcun valore al mantenimento di quella parte della comunità giuridica statale che non ha smesso di esistere dopo il fallimento del Parlamento come fattore legislativo. Infatti, le norme fondamentali di organizzazione interna — che stanno al di sopra del potere legislativo di un Parlamento — della Costituzione di Weimar, le quali sono con ciò anche sottratte all'intervento della dittatura presidenziale che rimpiazza il Parlamento, soggiacciono, altrettanto come le essenziali posizioni sociali del diritto fondamentale, ad un pianificato processo d'annientamento da parte dell'attuale governo del Reich. Da ciò necessariamente risulta una mutata posizione della classe operaia nei confronti delle cose statali. Infatti, questo Stato del 20 luglio non è né uno Stato legislativo parlamentare con *chance* potenzialmente uguale per tutte le classi, né uno Stato burocratico (*Beamtenstaat*) neutrale e arbitro, posto sotto il dominio di una *élite* burocratica soltanto mediatrice.

I fatti mostrano quanto poco la dottrina ufficiale del potere presidenziale sovrapartitico corrisponda allo stato di cose reale. Infatti, la grande quantità delle misure in ogni senso contrarie alla Costituzione, sia quelle realizzate come quelle in progetto, ha uno scopo principale: centralizzare la pienezza di potere politico in luoghi in cui non è piú presente nemmeno una lontana influenza della popolazione lavoratrice. A questo scopo serve la violenta eliminazione del governo prussiano accessibile in certa misura all'influenza della classe operaia. A questo scopo serve anche ogni singolo provvedimento, in sé anticostituzionale, di questo anticostituzionale governo supplente: dall'allontanamento illegale di funzionari non-politici fino al recente progetto della soppressione di principio dell'autoamministrazione mediante istituzione di un onnipotente organo burocratico con competenze assolutamente arbitrarie. Infine, a ciò serve l'annunciata riforma costituzionale del governo del Reich: riforma elettorale e Camera alta. Il vero significato della soppressione del sistema proporzionale non sta — come purtroppo

[24] Che anche in meri atti di governo siano da verificare da parte della Corte costituzionale i limiti discrezionali, lo sottolinea R. Smend, *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1931, vol. 3, p. 211. Con particolare rimando alla Corte di Stato in quanto istanza competente al riguardo, R. Grau, *op. cit.*, p. 295. In rapporto alla presente controversia giudiziaria, una formale dimostrazione è in F. Giese, DJZ, 1932, c. 1022.

anche in ambienti socialisti spesso si valuta — in miglioramento tecnico della scelta dei capi e in una intensificazione dei rapporti tra elettori ed eletti. Qui si tratta piuttosto del tentativo di privare lo Stato dei partiti democratico di massa della sua forma di espressione plebiscitaria quanto ad effetto [25]. Tramite la ripresa di idee rappresentative deve artificiosamente rinascere a nuova vita la forma di vita politica del XIX secolo, la quale non casualmente nella scomparsa dei partiti borghesi si è dimostrata inadeguata per la nostra epoca. È del tutto caratteristico che questo tipo di riforma elettorale appaia in ideale unione con l'introduzione di una Camera alta. Poiché, mentre il Parlamento, come dice Karl Marx, realizza l'esistenza politica della società borghese, l'introduzione di una Camera alta significa in realtà fare un passo indietro, dall'esistenza politica della società alla costituzione della « proprietà privata come base dello Stato » [26]. La nuova totalità di questo Stato autoritario non ha piú nulla in comune con la totalità dello Stato nazionale democratico sovrano. Questo ' Stato post-democratico ' porta alla luce in realtà elementi assolutamente pre-democratici. La sua base è la totalità del diritto di veto contro ogni manifestazione democratica di massa della società politica. A ciò la funzione arbitrale usurpata serve altrettanto che la Camera alta e i ripristinati artifici del voto plurimo. Perciò, questo nuovo Stato non incarna « la durata e l'unità transpersonale della nazione » bensí copre solo miseramente il dominio molto reale dei suoi monopolisti privati e ufficiali.

Per lungo tempo, è stata una delle idee portanti del socialismo tedesco vedere nella trasformazione organizzativa dello Stato esistente le premesse per un rinnovamento socialista. Le possibilità di autoamministrazione, l'uso delle forme storicamente tramandate dell'amministrazione regionale autonoma sembrarono, a tal proposito, essere premesse non sfavorevoli. Ma, la forte necessità di regolazione centrale nel campo della politica economica, sociale e finanziaria ha fortemente ristretto l'ambito materiale dell'esercizio autonomo del potere nei Länder e negli organismi di autoamministrazione, anche già prima dell'attuale crisi economica. Perciò, già precocemente si è prodotto un conflitto tra la penetrazione personale dell'apparato amministrativo, il possesso di posizioni politiche, e la relativa ristrettezza del residuo margine sociale. Il colpo di Stato del 20 luglio ha dato a tutta la prassi d'ordinanza d'emergenza una conclusione provvisoria altrettanto arbitraria quanto netta, che per-

[25] Cfr. l'istruttiva esposizione di Leibholz riguardo ai princípi della riforma elettorale, *Veröffentlichung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, fasc. 7, 1932.

[26] K. Marx, *Critica della filosofia hegeliana del diritto*, in Id., *Opere complete*, Roma 1976, vol. III, p. 112.

lomeno possiede il pregio di inequivocabile chiarezza. La centralizzazione del potere statale, per quanto possa celarsi sotto forme esteriori, toglie importanza pratica alla compartecipazione ad esso. Impone alla classe operaia nuove forme di lotta. Sarebbe però una valutazione errata considerare, nel rapporto di Stato e società, ogni Stato semplicemente come suprema forma organizzativa. Lo Stato che fonda il suo ordine privo di ogni titolo giuridico-costituzionale nel potere coercitivo di pochi monopolisti economici e politici, non è in grado di realizzare quell'unità di Stato e società che oggi deve essere prodotta come risultato tangibile di un processo sociale di eccezionale dimensione. Sta qui la prestazione, comprensibile come risultato della dialettica dell'accadere storico, realizzata dinnanzi ai nostri occhi dal risvegliato feudalesimo, il quale, senza volerlo, sta costituendo l'unità di due fronti chiusi, lo Stato feudalizzato contro la società proletarizzata. Perciò, anche la sua azione prussiana sottostà alla legge di quell'intima connessione di libertà e necessità, che Tocqueville ha descritto osservando attentamente le tendenze di sviluppo di tipo federalistico:

Le législateur ressemble à l'homme qui trace sa route au milieu des mers. Il peut diriger le vaisseau qui le porte, mais il ne saurait en changer la structure, créer les vents, ni empêcher l'océan de se soulever sous ses pieds.[27]

[27] *La democrazia in America*, Torino 1968. « Il legislatore assomiglia all'uomo che attraversa il mare. Può governare la sua nave, ma non può né mutare la struttura della nave, né i venti, né impedire all'oceano di sollevarsi sotto i suoi piedi ».

Reazione costituzionale
(1932)

Attualmente, l'opinione pubblica è occupata dalla questione della riforma costituzionale. Poiché nella Germania odierna le organizzazioni di questa opinione pubblica sanno distanziarsi discretamente dai loro prodotti, l'osservatore esterno può nutrire solo supposizioni estremamente vaghe riguardo al grado di mescolanza di spontaneità e progetto centrale. L'appello generale alla riforma costituzionale risuona attualmente con insistenza, quasi che la rapidità di riorganizzazione della democrazia parlamentare formi la premessa per un corrispondente incremento del grado di occupazione. O almeno, questo lo si potrebbe credere se non si sapesse che per tale governo « la guarigione delle anime » — per usare un'espressione di Seipel * — appare altrettanto importante quanto il risanamento dell'economia. O si tratta piuttosto del risanamento del suo dominio?

In ogni caso, si avvicina il tempo in cui il governo sarà costretto a procedere alla concretizzazione della sua metafisica politica. Finora si sapeva solo che questo governo era destinato ad essere strumento polemico contro la Costituzione di Weimar. Le sue conseguenze istituzionali, però, erano già problematiche perché esse sono modellate in non piccola parte sulla persona dell'attuale presidente del Reich. Per quanto decisamente il governo della conduzione statale autoritaria possa rifiutare come principio la vuota forma della democrazia, l'impossibilità di anonime maggioranze parlamentari e di eterogenei partiti di interessi (cosí si riflette qui la democrazia) e collegare la propria legittimazione con l'*hic et nunc* della persona dell'attuale presidente del Reich, già la pretesa di « rimanere 4 anni al potere » dovrebbe fargli comprendere che è una condizione, certo non sufficiente ma forse necessaria per la sua

* Ignaz Seipel (1876-1932), professore universitario, prelato, fu cancelliere austriaco dal 1922 al 1924.

esistenza, quella di dare al popolo l'illusione che possa avere luogo — sotto la direzione dei ceti e delle idee rappresentati da esso — una riforma del sistema politico corrispondente alle sue esigenze politiche e studiata come duratura. In ciò si muove dalla giusta idea che il carattere duraturo sia un elemento essenziale di ogni intenzione costituzionale. Innanzitutto, però, pare che non si prenda in considerazione il fatto che, tanto per il momento dell'adozione come pure per la durata, non risulta chiara la base sociale che dovrebbe garantire l'introduzione e il funzionamento legale di una tale Costituzione. Oltretutto, dopo il discorso di Monaco del cancelliere del Reich (ogni riforma costituzionale ha, proprio al momento attuale, la sua logica controrivoluzionaria) è dubbio che il governo dia valore anche soltanto alla legalità dell'introduzione. Per esso sembra essere, invece, un fatto assodato che l'elezione non basti assolutamente per legittimare il Reichstag, e non basti neppure piú la sua ' capacità operativa ' (*Arbeitsfähigkeit*) intesa nel senso dell'esistenza di una qualche maggioranza di governo (come si diceva in settembre): adesso si pretende che esso si adatti alla volontà del governo esistente. E la contropartita offerta nei confronti di questa istituzione della democrazia non si spinge cosí lontano, come invece riteneva necessario quel nobile prussiano nei confronti del signore territoriale: « Il re avrà assoluto potere, se farà il nostro volere! » *. Nella struttura della riforma, l'abrogazione della legalità è posta come condizione della legalità dell'abrogazione.

L'assottigliamento della sovrastruttura ideologica, che può essere considerata come una delle decisive caratteristiche strutturali della Germania del dopoguerra e che, trasferito sul piano ideologico, si è mostrato anche nell'atteggiamento dei lavoratori momentaneamente rivolto alla politica puramente quotidiana, è rimarchevole nella sfera politica che qui interessa. Domina qui una incredibile sproporzione tra il carattere di massa della diffusione di surrogati ideologici fascisti e la ristretta dimensione della produzione spiritualmente autonoma. Se si confrontano le grandi idee, che ebbero efficacia ben oltre il vero e proprio ambito d'esistenza della borghesia, e che ebbero un'influenza decisiva sul periodo francese delle formazioni costituzionali alla fine del XVIII secolo e all'inizio del XIX, con l'amalgama dei princípi corporativo-conservativo-fascisti oggi di moda, si sarebbe anche qui tentati di misurare l'obiettiva grandezza di un processo storico in relazione al contenuto delle sue manifestazioni ideologiche. La differenza di livello su cui richiamiamo l'attenzione, mostra chiaramente il carattere apparentemente quasi postumo

* Si tenta di rendere cosí il tedesco: « Und der König absolut, wenn er uns den Willen tut ». [*N.d.T.*]

di quell'episodio di cui siamo testimoni. Se un'epoca futura esaminerà il patrimonio spirituale di quest'epoca, il libro di Carl Schmitt su *Legalità e legittimità*[1] le apparirà come uno scritto che si differenzia da questa cerchia sia per il suo riferirsi ai princípi della teoria dello Stato che per il suo riserbo nelle conclusioni. Carl Schmitt condivise con la maggioranza dei riformatori costituzionali del 1932 l'assunzione dello slogan elettorale del 1925: « Piú potere al presidente! ». Tuttavia, dalla differenza tra le intenzioni concrete di allora e quelle di oggi è riconoscibile il movimento, a ritroso dal punto di vista democratico, dell'intervallo frapposto dal primo mandato di Hindenburg. Se il primo appello ad Hindenburg fu quello di una riforma costituzionale all'interno della Costituzione di Weimar, oggi si tratta di una rivoluzione costituzionale. Se allora si trattava di un contrasto di due fattori di legalità in un settore controverso, oggi viene espressa la richiesta di sopprimere la legalità parlamentare tramite la legittimità presidenziale. Né può ingannare che anche nella Costituzione del Reich venga assegnata una posizione decisiva a quell'organo, al quale, nella visione costituzionale di Schmitt (quale si ricava certo solo a grandi linee dallo scritto citato), spetta un ruolo dominante e cosí l'immediato comparire del popolo. Oggi il ruolo dominante dei partiti nelle elezioni del Parlamento si trasmette anche al plebiscito e gli imprime, sia nella forma che nel contenuto, il carattere d'una azione di partito o di classe. Che i partiti non organizzino il popolo solo a intervalli per i periodi elettorali, come negli USA dove essi hanno il carattere di semplice piattaforma elettorale, si manifesta anche nel fatto che, anche nell'iniziativa popolare, o la assumono essi stessi oppure ne sostengono un'altra avviata in altro modo e cosí solo le offrono una possibilità di successo. Invece, per Carl Schmitt il carattere democratico del plebiscito consiste solo in una risposta non organizzata che il popolo, caratterizzato come massa, dà a una domanda che può essere posta solo da una autorità stabilita come esistente. Costruzione e dipendenza di questa autorità sono sconosciute e soltanto la sua esistenza stessa è un punto chiaro nella descrizione che per il resto perservera in una critica prevalentemente ideologica. Il popolo è in contrasto con ciò. Se in un caso, senza la prova di una garanzia costituzionale, viene supposto che il magistrato vuole il Bene; nell'altro, si suppone che il popolo non possa volere,

[1] C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig 1932 [trad. it. *Legalità e legittimità*, in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, cit. La traduzione italiana comprende però solo l'introduzione, e il primo capitolo. Manca, invece, il secondo capitolo riguardante l'analisi della Costituzione weimariana e la conclusione che formula le proposte concrete di riforma costituzionale. *N.d.C.*]

bensí possa solo accettare questo Bene, la cui determinabilità in una società di classe e antagonistica è presupposta come non problematica. La posizione giuridico-costituzionale di questo popolo, in questa nuova visione costituzionale, è esattamente ritagliata sui suoi caratteri antropologici:

Il popolo può dire soltanto sí o no, non può consigliare, deliberare o discutere. Non può governare e amministrare, e non può neppure proporre norme, può solo sanzionare con il suo sí un progetto normativo che gli venga proposto. Soprattutto non può porre alcuna questione, bensí può soltanto rispondere sí o no ad una domanda che gli venga posta. [2]

Nella misura in cui questa descrizione di Schmitt dovesse valere per la Germania del futuro, essa sembra soffrire di un duplice anacronismo. Questo popolo sarebbe il popolo di una Costituzione post-democratica, però la democrazia occidentale fu possibile solo perché la massa, in un lungo e doloroso processo che correva parallelo alla crescente industrializzazione, si è trasformata da veicolo puramente passivo dell'accadere storico in forme attive di organizzazione. La democrazia ha trasformato in maniera decisiva il carattere strutturale della massa con una rapidità che contraddice tutte le tesi sulla immutabilità della natura umana:

Nella storia europea, quanto meno, il popolo non ha mai preteso fino al giorno d'oggi di avere idee sopra le cose. Aveva dottrine religiose, tradizioni, esperienze, proverbi, consuetudini mentali, ma non si immaginava di avere opinioni teoriche su quello che le cose sono o debbono essere, per esempio sulla politica o sulla letteratura. Quello che il politico stabiliva o faceva gli pareva buono o cattivo. O era d'accordo o non lo era. Si limitava a ribattere, in un senso o nell'altro, l'azione creativa di molti altri. Non gli sarebbe mai venuto in mente di contrapporre le proprie ' idee ' a quelle del politico, o tanto meno di giudicare le ' idee ' del politico dal tribunale di altre ' idee ' che credeva di possedere [...]. La conseguenza logica fu che il popolo non pensava neppure lontanamente di prendere decisioni in un qualsivoglia ambito dell'attività pubblica [...] Oggigiorno, invece, l'uomo medio ha idee tassative su quanto avviene e deve succedere nell'universo. Perché stare ad ascoltare se già possiede dentro di sé ciò che occorre? Non bisogna piú osservare attentamente l'epoca, ma bisogna giudicare, decidere, deliberare. Nella vita pubblica non c'è questione alcuna in cui egli, muto o cieco com'è, non intervenga imponendo le sue opinioni. [3]

Qualsiasi valutazione si voglia dare di questo fenomeno definito da Ortega y Gasset come *Ribellione delle masse*, sembra essere chia-

[2] Ivi, p. 93.
[3] Ortega y Gasset, *La ribellione delle masse*, Bologna 1962, pp. 61-2.

ro che il dato di fatto, che, a seconda del proprio atteggiamento ideologico, può essere definito come automoderazione o autosottomissione delle masse, appartiene al passato. Quell'*habitus* sociopsicologico, indubbiamente ancora segno dello stadio iniziale della democrazia di massa, è, nella cesura della grande guerra e nelle rivoluzioni ad essa connesse, passato in secondo piano. La crisi della democrazia, dunque, proprio quel dato di fatto sul cui sfondo storico Schmitt progetta la teoria che noi consideriamo, ha solo accelerato lo sviluppo. Nulla sarebbe piú errato che credere, assolutizzando un momentaneo riflusso delle tensioni di massa, che, parallelamente alla concentrazione del potere di borghesia, esercito e burocrazia nell'apparato statale tedesco, si sia avuta una diffusione dell'interesse politico delle masse. Perciò, sembra che la situazione d'origine sia stata il piú grave errore di questa nuova Costituzione. Il fondamento predemocratico di questa teoria schmittiana urta con la sua intenzione di liquidare una democrazia sviluppata.

Ma anche se si ammette la possibilità di una realizzazione, giudicata duratura, di questa nuova distribuzione di potere, sembra che nell'abbozzo del nuovo ordinamento sia rimasto insoluto il problema della dinamica giuridico-costituzionale, cioè il problema della normativa del cambio di potere. Il magistrato deve ritirarsi quando in una questione sottoposta a plebiscito (anche se posta in modo giusto) va sicuramente incontro ad un insuccesso? Oppure, secondo tutta l'esperienza storica, l'ideologia definita una volta da Schmitt come logica giacobina [4] che sostituisce al pensiero soggettivo della massa popolare il suo oggettivo dover-pensare (*Meinensollen*), dovrebbe colmare anche oggi i vuoti della teoria costituzionale? Per quanti rimproveri possano essere mossi alla democrazia moderna, essa è comunque l'unica forma statale che rende costituzionalmente possibile la collaborazione ovvero l'alternanza di differenti gruppi, in un'epoca di crescente eterogeneità sociale e talvolta anche nazionale. Essa sola, con il suffragio universale, uguale e segreto cosí come con la garanzia dei diritti politici di libertà, prende in considerazione il problema di una conformità politica a determinate trasformazioni strutturali del sociale. Per una Costituzione ' post-democratica ', tuttavia, sorgono qui le difficoltà maggiori che finora nessuna delle moderne varianti cesaristiche della democrazia è stata in grado di risolvere. Infatti, in un'epoca libera da ogni legame tradizionale, mancano tutte le condizioni per una istituzionalizzazione fissabile del carisma personale. Una battaglia per-

[4] C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München-Leipzig 1926[2].

duta, un piano economico fallito o la morte dell'incaricato di un ufficio, comportano un sovvertimento non soltanto fondato nella dinamica sociale, bensí risultante innanzitutto dalle mutate istituzioni politiche: sovvertimento che nel potente apparato ufficiale del XX secolo — diversamente che negli altri secoli — dovrà avere conseguenze non solo politiche, ma anche incalcolabili conseguenze sociali. Però, accanto a questi motivi generali che provano l'impossibilità di una normativa del cambiamento di potere in un ordine cesaristico di dominio [5], vi è una speciale condizione che nella Germania odierna impedisce d'andar oltre ad antitesi generali. Infatti, si può fare il tentativo di istituzionalizzazione di un carisma personale — la storia di Mussolini l'ha dimostrato chiaramente — solo quando si sia avuta una prova certa e tangibile del carisma. Fintantoché ciò non si verifica (è noto che nell'orizzonte del passaggio verso l'epoca post-democratica in Germania non è stata ancora conclusa la disputa su chi debba essere il portatore del carisma) si può soltanto abbozzare l'immagine di un potere insieme autoritario e plebiscitario, senza poter dire qualcosa di concreto sulle sue condizioni d'esistenza. Infatti solo e soltanto la prestazione è quella che potrebbe produrre qui un effetto legittimante. All'istituzionalizzazione di un nuovo potere indipendente dal popolo, la cui dimostrazione non risulta evidente tramite alcun evento storico sia pur esteriore, non potrebbe neppure bastare una disposizione antidemocratica di massa presupposta come esistente. Non è quindi la bontà di istituzioni sovrapersonali, bensí proprio l'invincibile potere dei fattori personali che qui si deve dare per poter essere accettati. Infatti, solo allora, in un tale sistema costituzionale, si può tentare una istituzionalizzazione, il cui esito, comunque, sta al di là di ogni possibile calcolo e previsione.

L'impossibilità di abbozzare per la Germania, nella situazione attuale, le linee di una Costituzione fondamentalmente nuova e antidemocratica, non è contraddetta neppure dal fatto che l'esperto di problemi giuridici Schiffer presenta un programma in 38 punti, da lui definito come proposta di una nuova Costituzione [6], poiché questo progetto rappresenta essenzialmente solo una codificazione delle attuali condizioni costituzionali. La figura dominante è infatti il presidente del Reich: non solo è capo dell'esecutivo, non solo possiede il diritto d'emanare provvedimenti, bensí la sua attuale prassi dell'ordinanza di emergenza sostitutiva della legge viene legalizzata in tutta la sua ampiezza. Se, come fa Schiffer, si

[5] Cfr. l'osservazione di R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin 1928, p. 111, nota 3, sulla *contradictio in adjecto* di una Costituzione carismatica.

[6] E. Schiffer, *Die neue Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlin 1932.

propone ogni 4 anni l'elezione del presidente del Reich a un popolo, al quale non è rimasto alcun diritto al di là di questo processo di unificazione delle volontà che giunge fino ad un arbitrio antidemocratico, si danno allora due possibilità. O l'esercito, insieme all'apparato burocratico al quale l'autore coerentemente assegna nel suo progetto una posizione esclusivamente indipendente, corrompe anche questa elezione e elimina perciò anche l'ultimo resto di reale influsso del popolo; oppure il popolo riesce ad eleggere un presidente indipendente e non influenzabile dalla burocrazia: il sistema costituzionale crolla nella lotta fra burocrazia, esercito, possessori di antiquati titoli di proprietà da una parte e il popolo rappresentato esclusivamente dal presidente del Reich dall'altra. Il lapidario « al contrario » (*umgekehrt*) che Marx contrappone al principio hegeliano: « Il governo non è un partito che sta di fronte ad un altro » [7], assumerebbe concretezza anche per coloro che si fanno illusioni sullo Stato autoritario, che non vogliono ammettere che lo Stato è un istituto della società. Ma se anche fosse permesso un procedimento unanimamente legale da parte di tutti gli interessati, probabilmente la variabilità di contenuto e perciò l'instabilità sarebbero maggiori che nello Stato a legislazione parlamentare. Infatti, una cosí estesa unificazione delle volontà del fattore plebiscitario nella persona del presidente del Reich, dovrebbe avere come conseguenza il fatto che la politica viene sottoposta ad oscillazioni molto piú consistenti di quanto essa potrebbe subire per effetto delle differenze tipiche che intercorrono tra i partiti del Parlamento [8].

Il Parlamento di Schiffer ha a che fare con l'istituzione che con questo concetto si è intesa dal XIX secolo fino ai giorni nostri, quasi altrettanto quanto il Parlamento della Francia prerivoluzionaria, con l'unica differenza che il *lit de justice* nel Reich postweimariano è trasformato in normale funzione tramite l'autonomo diritto di legislazione del presidente. E il continuo uso di questo termine è spiegabile solo con quella stessa tattica ideologica, a partire dalla quale le costituzioni postdemocratiche si vantano d'essere ' vere democrazie '. Infatti, comunque il Parlamento possa essere stato composto, dal momento della fondazione della sua indipendenza nella *glorious revolution*, qualsiasi siano state le correnti sociali che in esso vennero privilegiate o da esso escluse, da quell'epoca una proprietà non gli è stata quasi piú neppure contestata: la sua necessaria cooperazione alla legislazione. Se il nuovo Parla-

[7] K. Marx, *Per la critica della filosofia hegeliana del diritto*, in K. Marx-F. Engels, *Opere complete*, vol. III, Roma 1976, p. 101.

[8] Lo stesso timore esprime anche F. Meinecke nel suo articolo, *Ein Wort zur Verfassungsreform*, nella « Vossische Zeitung » del 12 ottobre 1932.

mento non solo viene limitato dal diritto del presidente-dittatore ad emanare norme e dal suo autonomo diritto di legislazione, ma praticamente gli si sottrae anche la possibilità di abrogare queste leggi presidenziali [9], in tal modo allora la funzione legislativa del Parlamento viene eliminata. Ciò si verifica per il fatto che nella caratteristica concorrenza, giuridicamente ancora possibile, tra presidente e Parlamento, questo singolare progetto di Costituzione crea una unione personale tra un terzo neutrale e il presidente, visto che controllo e applicazione della Costituzione in lui sono uniti [10]. Una effettualità del diritto legislativo del Parlamento è possibile ormai solo come atto di grazia del presidente. Poiché, inoltre, a questo Parlamento la possibilità di esprimere un voto di sfiducia al ministero viene ristretta in modo tale che non possa mai verificarsi nel normale funzionamento di questo Stato [11], qui in realtà esiste solo un Parlamento nel senso del concetto, ideato da Max Weber per la Russia zarista dal 1905 al 1917, del costituzionalismo apparente (*Scheinkonstitutionalismus*). La teoria del XIX secolo — per restare nell'uso terminologico delle nostre piú recenti scuole di sociologia — che è il governo e non il Parlamento a maneggiare la funzione esecutiva, si trasforma in Papen nella teoria che « è il governo e non il Parlamento a gestire il potere statale ». In realtà, se non si vuole spingere all'estrema conseguenza dell'eliminazione di norme generali la teoria fascista de « l'atto precede la norma »*, nel concetto di ' potere statale ' si dovrebbe includere la legislazione. La funzione di un Parlamento tipo quello del costituzionalismo apparente consiste notoriamente soltanto in una conservazione — il cui buon esito è comunque incerto — della fiducia nella sua funzione.

[9] Articolo 14, comma 2: « Egli [il presidente del Reich] può emanare una legge anche senza una risoluzione del Reichstag, se la sua ordinanza è improrogabile e il Reichstag si dimostra incapace di deliberare in tempo utile ». Articolo 15, comma 2: « Essi [le leggi e i provvedimenti del presidente del Reich] sono da abrogarsi se il Reichstag pretende e insieme verifica che mancano del fondato motivo. Qualora il Reichstag faccia questa constatazione, deve votare se si debba accusare il cancelliere del Reich e i ministri responsabili di violazione della Costituzione. Se non giunge a tale constatazione, i provvedimenti contestati sono abrogabili solo se il Reichstag delibera su altri provvedimenti che servano allo stesso scopo ».

[10] Articolo 7: « Il presidente del Reich è il custode della Costituzione. Può contestare ogni violazione della Costituzione e prendere provvedimenti [...] contro un comportamento anticostituzionale ».

[11] Articolo 30: « Il Reichstag in una motivata richiesta avanzata insieme dalle due Camere può pretendere le dimissioni del governo. Se il presidente del Reich respinge le dimissioni, il Reichstag può richiedere la deposizione del presidente tramite referendum. La decisione del Reichstag richiede la maggioranza dei due terzi in ognuna delle due Camere ».

* In italiano nel testo.

L'esistenza di un tale Parlamento senza ambito d'azione viene benevolmente concessa. Questa categoria della benevola concessione da gran signore, la quale appare — in uno snaturamento qui realmente inadeguato dei concetti kantiani — come dovere etico, domina non solo l'istituzione di questo Parlamento; essa è generalmente una categoria fondamentale non solo della struttura politica, ma anche di quella sociale del nuovo regime. Cosí come lo Stato assistenziale non è criticato solo perché concedeva troppo alla classe lavoratrice ma soprattutto perché le concedeva un *diritto* su questo ' molto ', altrettanto la democrazia non viene criticata esteriormente soprattutto perché dava troppo al popolo, bensí perché gli dava diritti e perciò la possibilità di esigere laddove ci sono soltanto le qualità dell'accettare o del rifiutare — e in ciò questa teoria entra in contatto con la teoria di Schmitt dell'antropologia di massa. Secondo tutte le nozioni della dottrina dell'ideologia sarebbe tuttavia sorprendente se questo scambio di diritto e costume si verificasse senza che con ciò, nei reali processi del dare e prendere, sia nella sfera politica sia in quella economica, subentri una essenziale trasformazione.

Quale motivazione razionale per una tale abdicazione del legislatore parlamentare è rilevato il fatto che, nell'epoca attuale, individualità e scarsa durata rappresentano quelle strutture normative che combaciano con il substrato esistente e che da questo sono richieste [12]. Si potrebbe essere d'accordo con tale tesi, ma nel farlo non bisognerebbe tralasciare d'indicare che sono due differenti mutamenti del substrato quelli che qui stanno alla base [13]: da un lato, l'organizzazione della società nella sua sfera economica e sociale, che dissolve l'infimo significato dell'individuale, e dall'altro lato la particolare rapidità della dinamica sociale in alcuni periodi, ma non certo in tutti, di quest'epoca storica dell' ' organizzazione ', che certo dovrebbe comprendere sia ' tardo capitalismo ' che ' primo capitalismo '. In ogni caso, però, il « fin qui e non oltre » che questi critici urlano al Parlamento quando vuole azzardarsi oltre i confini del concetto generale di legge, non pare convincente. Si tenta oggi con particolare enfasi di indicare il carattere generale — che in una determinata epoca dello sviluppo capitalistico si è trasformato da motivi sociali e non direttamente politici in un concetto strutturale (rimasto del resto allora inosservato) della legge parlamentare — come un connotato concettualmente necessario di ogni legge parlamentare, e di derivarne la conclusione che ora il Parlamento, che ha

[12] Schmitt, *Legalität und Legitimität*, cit., *passim*.
[13] Cfr. a questo proposito le osservazioni inerenti a ciò di E. Fraenkel, in « Die Gesellschaft », ottobre 1931, ora in Id., *Zur Soziologie der Klassenjustiz* cit.

perso il concetto a lui correlativo della legge generale, debba naturalmente cedere di fronte al dittatore dello Stato amministrativo. Da questa dimostrazione risulta, in ogni caso, che una incapacità funzionale del Parlamento riconducibile a tutt'altre cause (in gran parte casuali *sub specie* di quest'epoca), è imputata al mutamento del substrato sociale stesso e in tal modo si emette una prognosi senza speranza sulla *maladie parlamentaire*. In realtà, non è assolutamente provato che in primo luogo l'universalità sia un tratto concettuale necessario della legge e, in secondo luogo, che la burocrazia sia in grado, piú del Parlamento, di trovare regolamenti maggiormente consoni alle attuali circostanze. Che la burocrazia, nella superficialità del suo procedere, possa fare dei regolamenti in modo piú rapido e caleidoscopico e senza quel minimo parlamentare di protezione nei riguardi degli interessati, non dovrebbe essere piú considerato un vantaggio anche in ampie cerchie della borghesia.

La limitazione di diritti parlamentari non avviene tuttavia, soltanto tramite il potere presidenziale inteso quale fattore evidentemente differenziato dal Parlamento, bensí con l'associazione stretta di elementi ad esso sostanzialmente estranei, nella forma storicamente nota della Camera alta. All'alta legittimità plebiscitaria del presidente del Reich impiegata qui antidemocraticamente, si accompagna l'elemento originariamente antidemocratico della legittimazione dei cosiddetti autorizzati all'azione (*Sachberechtigte*). È una singolare mescolanza di cesarismo e Stato corporativo, di attesa dell'insorgere dell'integrazione personale e della precisa definizione di un ordine degli ambiti di vita e di coloro che sono in essi legittimati (*Berechtigte*)[14]. Se ci si chiede quali degli elementi che sono stati assunti da Schiffer in forma grezza riscuoteranno in futuro la preferenza della reazione tedesca — l'istituzionalizzazione dello *status quo* politico vigente o il potenziamento del Parlamento corporativo —, la risposta dev'essere a favore del Parlamento corporativo. Perché, mentre le norme dell'elezione del presidente nella struttura sociale della Germania non offrono alcuna garanzia che il popolo trovi ' la persona degna ' (*der Würdige*), quell'immagine dei rapporti di potere sociale dominanti, cosí come lo Stato corporativo li rappresenta *eo ipso* sul livello politico, significa una garanzia per il raggiungimento degli scopi propriamente materiali di questa riforma costituzionale. Cosí come, mantenendo l'autolegittimazione plebiscitaria di questo nuovo governo avutasi fin qui, la sua crisi

[14] Articolo 19: « I membri della Camera dei Länder e delle Corporazioni sono comandati dai governi dei Länder, dalle autorità dei comuni e dei consorzi di comuni e dalle organizzazioni della vita culturale, economica e sociale ».

si verificherà nel momento del distacco, che diverrà prima o poi necessario, di questa base, allora in questo stesso momento dovrà verificarsi la seconda fondazione teorico-costituzionale e pratica, che per questo regime è certo definitiva. In questo momento, accanto alla Camera alta, la burocrazia, indipendente da ogni elezione popolare, aumenterà il peso specifico della sua quota di legittimazione, ma anche il suo significato funzionale nell'ambito del sistema statale trasformato. Nella misura in cui lo Stato corporativo non risolve il problema dell'unificazione della volontà, bensí lo rinvia, esso presuppone, come correlato, una burocrazia che agisca come *pouvoir neutre*, la quale è qui il vero e proprio *deus ex machina* [15]. Allora vien meno anche il punto di partenza legale della rivoluzione, che avrebbe potuto esservi nell'elezione di un presidente indipendente. Al posto dello sfogo di massa del voto che viene meno, subentra una corruzione generale. Il detto « tutto è prebenda e nulla vive », che Carl Schmitt ha applicato allo Stato legislativo parlamentare, potrebbe valere in modo piú adeguato per un ordinamento statale in cui ogni dinamica viene soppressa a favore di una statica illusoria. Se questo ordinamento è ancora ancorato nell'immutabilità della Costituzione stessa (oltre ad un *pouvoir constituant*, della cui genesi legale non si fa d'altra parte cenno in alcun luogo), con ciò viene esclusa l'ultima possibilità di una continuità dell'ordinamento giuridico [16].

I critici, sia teorici che pratici, si reputano oggi al di sopra dell'opera costituzionale di Weimar. E con ciò dimostrano la verità del detto hegeliano che l'unica cosa che si può imparare dalla storia è che gli uomini non imparano nulla da essa. Ciò che ha fatto fallire Weimar, in prima approssimazione, sembra essere stata l'eterogeneità sociale non mitigata dalla naturalezza del procedimento democratico: eterogeneità che ha raggiunto un grado finora storicamente sconosciuto. Ma tale fallimento non dimostra che questa eterogeneità

[15] Del tutto a ragione R. Thoma, nel suo articolo *Staat* nel *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, vol. 6, p. 743, ha messo in rilievo il fatto che un Parlamento di ceti professionali esige il costituzionalismo con una burocrazia autogovernantesi: « Si devono volere entrambe le cose, oppure rinunciare ad entrambe ».

[16] Se Schiffer nell'articolo 38 del suo progetto prevede l'immutabilità di questa sua Costituzione e ammette la sua abolizione o trasformazione solo tramite una nuova assemblea nazionale, allora non può certo richiamarsi qui a Schmitt. Infatti, Schmitt, nel suo libro citato, intraprende proprio una cosciente svalutazione di tutte le forme di organizzazione e si attiene solo ai valori materiali immutabili della seconda parte della Costituzione di Weimar, mentre Schiffer tralascia di proposito l'inclusione di diritti fondamentali, perché oggi tutto è in movimento ed è piú che arrischiato impegnarsi sulla configurazione futura del matrimonio, della vita familiare o addirittura dell'economia (p. 33).

possa vincolare a sé, per mezzo dello Stato autoritario, il secondo elemento di sostanziale instabilità della democrazia weimeriana: un esercito e un ceto di funzionari non vincolati ad essa. Certo, questa è ancora una volta solo una *chance* molto incerta nel gioco plebiscitario. Nella società corporativa cresce la forza destabilizzante delle forze sociali che si contrappongono escluse da ogni possibilità di riforma dello *status quo* della distribuzione sociale del potere ed esonerate dalla ricerca del proprio compromesso. Se questa riforma costituzionale, dal punto di vista subalterno della mera stabilità, non può certo essere considerata sufficiente, ciò dipende dal semplice fatto che non si può trovare una soluzione del problema della stabilità politica astraendo dal problema della struttura sociale. Se il potere statale dev'essere stabilizzato, secondo le parole pronunciate a Monaco dal signor von Papen *, come un *rocher de bronze*, cosa che da sempre sognano militari, burocrazia e loro annessi sociali, allora esso non può essere costituito indipendentemente dai partiti. Anche gli ideologi del nuovo regime si renderanno conto che il contrasto tra partiti e popolo è solo uno slogan del ' partito presidenziale ', ma non rappresenta una realtà sociologica. Se il governo tenta di raggiungere e di rappresentare il popolo senza il tramite dei partiti, allora, in conformità a tutte le esperienze storiche, questa « giusta unione del governo e del popolo » (Papen a Monaco) sarà, secondo l'intenzione del governo, una unione eterna tra esso e il popolo. Quanto piú stretto è invece il legame di partiti di massa e popolo, anche la piú riluttante burocrazia di partito nel sistema politico concorrenziale della democrazia è costretta, pena il declino, a farsi trasformatrice delle energie di massa e deve quotidianamente farsi confermare di nuovo dal popolo la sua autorità: invece, in generale, un governo evidenzia il suo carattere autoritario solo quando appare precario il riconoscimento volontario della sua autorità. Per quanto questa sostituzione della legittimazione popolare con l'autolegittimazione possa avere un effetto liberatorio per il pensiero antidemocratico, questo mutamento di legittimazione non ha alcun rapporto con lo scopo di « risolvere in un duro lavoro di costruzione i compiti posti dalla realtà » (Papen a Monaco). « Lavorare per il meglio della sfera culturale occidentale » — e, d'altra parte, a questa generalissima fina-

* Franz von Papen nominato Cancelliere dopo le dimissioni di Brüning (30 maggio 1932). Il 4 giugno sciolse il Reichstag e indisse nuove elezioni che segnarono il massimo successo della NSDAP. In precedenza aveva ritirato il divieto promulgato contro le SS e SA quali organizzazioni sovversive. Governò praticamente solo con ' decreti di emergenza ' e nel giugno tollerò il colpo di Stato contro il governo socialdemocratico di Prussia. Nel novembre dello stesso anno sciolse nuovamente il Parlamento e nelle successive elezioni i nazisti subirono una considerevole sconfitta mentre si rafforzò la KPD. Alla fine fu costretto alle dimissioni e al suo posto subentrò Schleicher.

lità si ferma il nostro accordo con il signor von Papen — ci pare significhi accogliere l'idea di democrazia nell'ambito politico e sociale quale principio regolativo dell'agire. Da questo punto di vista, non solo lo scopo della stabilità, a cui soprattutto mira — perlomeno nella sua ideologia — il governo, acquista un carattere puramente feticistico, ma si potrebbe oltre a ciò pensare che cosí come il conservatorismo sociale pone permanentemente in contraddizione con questo scopo l'instabilità sociale, anche la stabilità politica potrebbe essere soltanto un *bien de surcroît* — un bene supplementare — della rivoluzione socialista.

Solo in un ordine delle cose, dove non vi sia nessuna classe e nessun contrasto di classe, le evoluzioni sociali cesseranno d'essere rivoluzioni politiche. [17]

[17] K. Marx, *La miseria della filosofia*, Roma 1947.

La riforma costituzionale (1932)

Nell'invocare la riforma costituzionale si trovano unite oggi in Germania le piú opposte tendenze. Molti desideri e speranze di molti gruppi politici e sociali reclamano la riforma dell'opera di Weimar. Perciò, prima di discutere sulla riforma della Costituzione, prima che la questione dell'auspicabilità di una riforma costituzionale possa ottenere una risposta positiva o negativa, bisogna che venga innanzitutto chiarito lo scopo di questa riforma della Costituzione.

Come appiglio per tale discussione costituzionale servirono in primo luogo le comunicazioni del ministero Papen-Gayl. La riforma costituzionale di questo ministero rappresentò il tentativo di approfittare di una determinata situazione politica per gli scopi concreti di un ceto sociale ben determinato. Questa — chiamiamola per una volta secondo l'intenzione del suo creatore — riforma costituzionale autoritaria aveva lo scopo primario di elevare a fattore giuridico costituzionale determinante l'attuale posizione di potere politico e sociale di un ben definito strato di popolazione, e cioè dell'alta burocrazia, della grande proprietà fondiaria e dell'industria, compresi i loro annessi sociali.

Questa copertura di tipo costituzionale doveva essere garantita dalla creazione di una Camera alta, che doveva affiancare con pari diritti il Reichstag e alla cui approvazione doveva essere legata l'intera attività di esso. La sua composizione doveva essere data: per un terzo, da rappresentanti dei governi regionali (in sostituzione del Consiglio del Reich), per un altro terzo da rappresentanti dei gruppi d'interesse economico (in sostituzione del Consiglio economico del Reich), e infine da rappresentanti liberamente nominati dal presidente del Reich secondo un criterio di merito. Balza agli occhi che il carattere spiccatamente conservatore di questa Camera alta è garantito almeno fintantoché per i cosiddetti rappresentanti

dell'economia si tenga fermo ai criteri di scelta che erano validi per la nomina del Consiglio economico. Per quanto già il solo vincolo del Reichstag a una Camera alta conservatrice sia idoneo a distruggere la struttura democratica dello Stato, ciò avviene con forza ancora maggiore per il mutamento strutturale che si compie nello stesso Reichstag con i cambiamenti delle norme del sistema elettorale. Innalzamento dell'età elettorale a 25 anni, introduzione di suffragi addizionali per combattenti e padri di famiglia significano la pratica esclusione dei giovani maschi sotto i 30 anni e la riduzione del diritto di voto delle donne a una insignificanza quasi completa. Se si considerano, inoltre, il disegno di fissare costituzionalmente i diritti esecutivi del presidente del Reich nell'estensione oggi raggiunta, l'introduzione del voto plurimo per i corpi di autoamministrazione e i lineamenti di una riforma del Reich che deve semplicemente sancire costituzionalmente il colpo di mano del 20 luglio, allora si completa l'immagine di una reazione costituzionale. Essa non contribuisce affatto a rimuovere la problematica delle attuali difficoltà per mezzo di un eventuale possibile miglioramento dei metodi democratici. Piuttosto, essa è solo il fedele ideale di un ceto sociale, il cui contributo positivo alla riforma costituzionale potrebbe consistere solo nel riconoscere il carattere passatista della sua posizione politica e sociale.

Poiché, tuttavia, queste forze restaurate non hanno ancora in alcun modo giocato il loro ruolo politico nella Germania di oggi, è istruttivo — prima di ulteriori discussioni sui possibili mutamenti positivi del sistema costituzionale — gettare uno sguardo sulla *Riforma costituzionale* che l'*Austria* ha intrapreso nel 1929. Come è noto, questa riforma costituzionale è risultata dal tentativo dei partiti borghesi maggioritari di dirigere su vie ordinate la spinta dell'allora potente movimento della milizia popolare alla eliminazione del parlamentarismo. La riforma costituzionale nacque da un compromesso del partito socialdemocratico di minoranza con i partiti di maggioranza parlamentari dei cristiano-sociali e pantedeschi [1]. Per il contesto qui trattato le due seguenti domande sono di fondamentale importanza: quali norme della Costituzione federale austriaca potevano essere mutate, sulla via del compromesso partitico, senza intaccare il carattere fondamentalmente democratico dell'ordinamento costituzionale? In che modo hanno agito sull'efficienza della Costituzione le trasformazioni intraprese? Il compromesso costituzionale, accanto ad un innalzamento del diritto di voto attivo, dai 20 ai 21 anni e, di quello passivo dai 24 ai 29, nelle sue piú

[1] Cfr. l'esauriente descrizione di H. Kelsen in « Jahrbuch des öffentlichen Rechts. », 1930, vol. 18.

importanti norme contiene estensioni continue delle competenze della confederazione di fronte ai singoli membri di essa. Ciò praticamente significa — purché i rimanenti governi regionali procedano conformemente, dal punto di vista politico, con il governo federale — l'eliminazione del potere autonomo della polizia del comune di Vienna e per lo meno una forte limitazione della sua attività sugli altri ambiti di competenza (*Vorbehaltsgebiete*). A ciò, inoltre, si aggiunge ancora il fatto che il presidente non viene piú eletto dal Parlamento ma dal popolo; cosa per cui fu tra l'altro inserita un'interessante disposizione. Se si rende necessaria una seconda votazione, possono nominare candidati solo quei gruppi elettorali, i cui candidati abbiano raggiunto nella prima elezione il piú alto numero di voti. Infine, è ancora interessante l'introduzione di un diritto di ordinanza d'emergenza lí ancora sconosciuto. È concesso espressamente solo nel caso che il Parlamento non sia riunito e non può riferirsi al diritto di lavoro, alla tutela degli impiegati, alla assicurazione sociale, alla Camera degli operai e degli impiegati, al diritto di coalizione e alla tutela del locatario. Inoltre, ogni uso del diritto di ordinanza d'emergenza comporta costituzionalmente l'immediata convocazione del Parlamento entro otto giorni. Praticamente insignificante è la divisione delle legislature in sessioni separate, visto che alla minoranza è concesso il diritto di convocare sessioni straordinarie. Se si osservano i tratti fondamentali di questa riforma costituzionale, risulta che la condizione eccezionale di Vienna quale membro autonomo, strutturato in modo politicamente diverso, della confederazione non poteva essere del tutto mantenuta. Considerando la nostra situazione tedesca e la degiuridicizzazione della Prussia avvenuta con il colpo di Stato del 20 luglio, è però importante sottolineare che Vienna non ha subíto come la Prussia una privazione dei diritti rispetto agli altri Länder della federazione, ma che tutte le trasformazioni e limitazioni materiali delle competenze regionali si riferirono uniformemente a tutti i Länder della federazione. In particolare, il comma 2 dell'articolo 15 della Costituzione federale, di recente introdotto e dal punto di vista politico molto significativo, che statuisce un diritto dispositivo diretto del governo federale negli affari della Pubblica Sicurezza locale, non è un diritto eccezionale di Vienna, ma si riferisce a tutti gli organi di Pubblica Sicurezza dell'intera confederazione. Il carattere democratico della Costituzione austriaca non è stato sostanzialmente violato. La posizione del presidente, come la storia insegna, è certo sempre accresciuta dal suffragio, e, come mostrano le piú recenti esperienze tedesche, vi sono punti di partenza sia teorici che pratici per il passaggio dalla democrazia al cesarismo; però, il principio, provato nelle nostre esperienze, che la via al cesarismo è spianata

sempre innanzitutto dal fallimento degli organi legali democratici, vale ancor piú per la Costituzione austriaca; questa anche dopo la sua trasformazione, limita straordinariamente la competenza autonoma del presidente, come mostra l'esempio del diritto d'ordinanza d'emergenza. Per ciò che riguarda ora l'efficienza della Costituzione cosí trasformata, nel giudicare bisogna tener conto della brevità del tempo trascorso da allora; in particolare, però, anche del fatto che fin qui non c'è stata ancora alcuna elezione popolare del presidente federale. Da ciò risulta che, nei tratti fondamentali della vita statale austriaca, non è subentrato pressoché alcun mutamento. Né i rapporti di classe né quelli di dominio sono stati fondamentalmente mutati. E anche il credito della socialdemocrazia austriaca nelle vaste masse popolari non è stato indebolito dal fatto che, in molti casi, provvedimenti dell'amministrazione cittadina viennese dovettero essere sospesi non soltanto a causa della continua situazione di emergenza finanziaria della città, bensí anche perché nel frattempo furono ridotte le competenze giuridico-costituzionali. All'agonia delle condizioni sociali austriache — e sembra quasi superfluo dirlo — nemmeno questa riforma costituzionale ha mutato alcunché.

La storia della riforma costituzionale austriaca ci mostra, cosí, da una parte che ci sono determinate riforme, che, in casi concreti, i rappresentanti del ceto economicamente dipendente della popolazione possono approvare; ma che, d'altra parte, non si metterà in guardia a sufficienza dalle illusioni che si connettono alla trasformazione delle nostre relazioni giuridico-costituzionali. In un articolo nei « Neue Blätter für den Sozialismus », Hermann Heller ha giustamente richiamato l'attenzione sul « corto circuito del raziocinio » di quanti mettono in relazione causale il cattivo stato politico-interno e politico-esterno della costituzione tedesca con i difetti della Costituzione di Weimar [2]. Il tentativo, intrapreso in particolar modo da Carl Schmitt nel suo scritto *Legalität und Legitimität*, di imputare gli errori del nostro attuale ordinamento statale ai concreti contrasti all'interno della Costituzione di Weimar, ha certamente aperto una serie di interessanti prospettive teorico-costituzionali; tuttavia, non ha affatto fornito la prova che le concrete fonti d'errore delle relazioni politiche tedesche avessero la loro origine nelle norme costituzionali specifiche solo della Costituzione di Weimar [3]. Certamente, la necessità della sovranità popolare si lascia dedurre dal processo dello sviluppo sociale; tuttavia, la direzione dello sviluppo della vita statale nel quadro di una Costituzione democratica è difficilmente fissabile a priori.

[2] « Neue Blätter für den Sozialismus », 1932, fasc. II, p. 576.
[3] Schmitt, *Legalität und Legitimität*, cit.

Per addurre un esempio concreto, la Suprema Corte federale degli Stati Uniti non ha forse ottenuto nella seconda metà del secolo scorso una cosí straordinaria pienezza di poteri, sebbene la Costituzione non le conferisca la competenza di verifica della costituzionalità delle leggi federali? Questa giurisprudenza si fonda sul fatto che i princípi liberal-individualistici di un sistema sociale riconosc'uto valido dalla maggioranza potevano trovare qui il loro piú significativo precipitato. D'altra parte, la difficoltà della guida dello Stato tedesco non si fonda forse sul fatto che esso è un paese che si trova in una situazione di rivolgimento sociale, ed è oltremodo oppresso dalla gravità non solo delle sue condizioni sociali, ma anche delle sue condizioni religiose e regionali? Non è certo la malvagità dei suoi partiti, confessioni e associazioni, bensí la problematica oggettiva di questa determinata epoca storica che minaccia quasi di bloccare una direzione democratica dello Stato. Queste difficoltà sono accresciute fino all'insopportabile dall'intromissione dei latori di privilegi, l'industria e la grande proprietà fondiaria, che, come ogni ceto condannato al declino, non intendono abbandonare spontaneamente la loro posizione tradizionale e ancor oggi, tramite il collegamento con altri gruppi sociali, dispongono di importanti posizioni, consolidate dallo stato di generale necessità.

Se, però, si è convinti che un allontanamento dalla via democratica non potrebbe superare queste difficoltà, bensí solo incrementarle, e se si vuole allora davvero salvaguardare le grandi caratteristiche fondamentali di una costituzione democratica, sovranità popolare, Parlamento, diritti di libertà personale e diritti fondamentali sociali, il margine d'azione di una riforma costituzionale è allora molto limitato. Nel corso dell'ult'mo anno si è potuto constatare che uno spostamento di competenze a favore del Parlamento e a favore dell'esecutivo riduce oltremodo la base di fiducia democratica nel governo. Perciò non è possibile, a causa della provata inefficienza del Parlamento, effettuare una riforma della democrazia tramite una sanzione costituzionale dell'attuale posizione di potere del presidente con il suo diritto di ordinanza d'emergenza sostitutivo della legge. La costruzione di una democrazia plebiscitaria conseguita con una drastica eliminazione del dilacerato organismo di rappresentanza non è perciò da prendere in considerazione. Una democrazia presidenziale rimane democrazia solo in un paese ampiamente omogeneo dal punto di vista sociale; nella situazione tedesca degenererebbe nella dittatura di un uomo o di un ceto su oppositori politici e sociali e in tal modo, come l'esempio del governo Papen ha mostrato, minaccerebbe oltremodo le possibilità democratiche dello sviluppo tedesco.

Dunque, compito della trasformazione costituzionale — una volta che si prescinda dal problema di una razionale riforma del Reich — rimane soltanto il tentativo di fare, sulla base di norme giuridico-costituzionali, tutto ciò che renda possibile ai partiti e alle associazioni sociali una collaborazione, e d'altra parte di evitare tutto ciò che riduca i partiti, sia volontariamente che per forza ad associazioni di agitazione. Fra le proposte serie che mirano ad una rivitalizzazione della democrazia parlamentare per mezzo di una riforma costituzionale, le piú rilevanti sono quelle che intendono conseguire questo scopo tramite la modificazione dell'articolo 54 [4]. In esse si prende le mosse dalla considerazione che una limitazione dei possibili voti di sfiducia nei confronti del governo potrebbe condurre ad un risanamento dei rapporti parlamentari e potrebbe perciò indurre anche i partiti dell'opposizione a rovesciare un governo solo quando siano in grado di formarne uno nuovo.

L'idea, espressa prima in diverse pubblicazioni e recentemente anche da Hans Simons [5] nei « Neue Blätter für den Sozialismus » si muove nella direzione di ammettere il voto di sfiducia a maggioranza semplice del Parlamento soltanto una volta all'anno nella discussione generale del bilancio, per il resto, invece, di vincolarlo all'approvazione di una maggioranza dei due terzi o di un altro organo. Questa proposta ignora la struttura del sistema parlamentare, la cui essenziale forma di espressione consiste ancor oggi nel fatto che ogni attività governativa può provocare un'immediata reazione attraverso la rappresentanza popolare. Questa possibilità di reazione immediata, che procura all'opinione pubblica e alle masse popolari un diretto influsso su ogni atto di governo, è una condizione per l'esistenza del Parlamento come istituzione pubblica. Un voto di sfiducia che sia maturato propriamente il primo aprile, ma che possa essere espresso solo il primo gennaio, dunque in un momento in cui il caso del primo aprile è già da lungo tempo dimenticato, nel caleidoscopico mutare di tutte le nostre istituzioni, allontana il Parlamento e i suoi partiti dalla volontà popolare. Con ciò, il controllo del Parlamento sulla burocrazia — che, in uno Stato con crescenti compiti amministrativi, è forse il piú importante ambito di competenze del Parlamento — viene reso ulteriormente difficile: il Parlamento sarebbe obbligato a dare per un intero anno una procura in bianco.

Nella stessa direzione di rimettere nuovamente in sesto il Par-

[4] « Il cancelliere e i ministri del Reich, per la loro gestione, hanno bisogno della fiducia del Reichstag. Ognuno di essi deve dimettersi, qualora il Reichstag gli sottragga la fiducia con espressa deliberazione ».
[5] « Neue Blätter für den Sozialismus », 1932, fasc. II, p. 586.

lamento tramite una modificazione dell'articolo 54, si muove una proposta che Ernst Fraenkel ha recentemente fatto nella « Gesellschaft » [6]. Prendendo le mosse dall'idea che un Parlamento abbia diritto di far cadere un governo solo allorché la maggioranza d'opposizione sia in condizione di formarne uno nuovo, egli intende che si stabilisca un dovere del gabinetto alle dimissioni solo quando i partiti di opposizione siano in grado di fare al presidente proposte positive per la formazione di un nuovo gabinetto di maggioranza. Questa idea, che già in precedenza da alcuni fu definita legge vigente [7], ha indiscutibilmente il vantaggio tecnico che il presidente non sarebbe obbligato a procedere allo scioglimento del Reichstag, bensí potrebbe, senza entrare in contraddizione con la Costituzione, lasciar tranquillamente che il gabinetto in carica minoritario continui a governare. Cosí anche nel Reich si produrrebbe quella situazione che già da lungo tempo si verifica nella maggior parte dei Länder tedeschi. Il governo riceve un effettivo voto di sfiducia della rappresentanza popolare, ma continua tranquillamente a governare in qualità di governo di gestione degli affari correnti (*geschäftsführende Regierung*). Questa proposta ha come conseguenza che il Parlamento che non fosse capace di formare un nuovo governo, non potrebbe piú esercitare un controllo sull'attività di esso. Infatti, il caso di un Parlamento che, non essendo piú in grado di far cadere il governo, non è nemmeno piú in condizione di influenzare in modo determinante la sua attività amministrativa, si manifesta sempre piú frequentemente in quasi tutti i Länder tedeschi. Teoricamente, a questo Parlamento certo rimarrebbe l'intatto diritto di legiferare; praticamente, però, appare pressoché impossibile che un Parlamento impotente a formare il governo, sia in grado di esercitare la sua facoltà legislativa.

Nella stessa direzione, di salvaguardare — nonostante la sua inettitudine — l'istituzione del Parlamento e con ciò un funzionamento di tipo costituzionale dell'apparato statale, tende un'ulteriore proposta di Fraenkel. Come è noto, quando il presidente non volle rinunciare alle sue ordinanze d'emergenza, fu costretto a sciogliere il Reichstag prima che iniziasse la discussione di merito. Si dovette cosí procedere ad una sempre piú generosa interpretazione dell'articolo 25 della Costituzione relativo allo scioglimento, per prevenire il diritto del Reichstag, in conformità all'articolo 48 comma 3 della Costituzione, di richiedere l'abrogazione

[6] *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in « Gesellschaft », dicembre 1932, ora in Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz* cit.

[7] Cfr. H. Herrfahrdt, *Die Kabinettsbildung nach der Weimarer Verfassung*, 1927.

delle ordinanze di emergenza. Fraenkel respinge certo la limitazione di questo diritto raccomandata da molti[8]. Egli osserva giustamente che una disposizione che voglia dare al Reichstag il diritto di abrogazione di ordinanze di emergenza solo qualora decida contemporaneamente le necessarie leggi supplettive, diverrebbe solo una fonte di nuovi eterni conflitti costituzionali. Al posto di questo egli propone un ampliamento dell'articolo 73 della Costituzione. Lí è stabilito che il presidente può indire un referendum su di una legge decisa dal Reichstag entro un mese prima della sua promulgazione. Fraenkel vorrebbe ora ampliare questa disposizione, nel senso che il presidente, anche riguardo a una delibera del Reichstag che intenda abrogare una norma d'emergenza, dovrebbe essere autorizzato ad appellarsi ad un referendum. Anche qui vien meno, dunque, la necessità per il presidente di sciogliere il Reichstag prima che possa prendere una decisione sull'abrogazione dell'ordinanza di emergenza. Tramite ciò, senza dubbio, il presidente del Reich guadagnerebbe un certo margine legale che in pratica assicurerebbe ad ogni ordinanza di emergenza una non-abrogabilità costituzionale per almeno 3-4 mesi. Ma, se si prescinde da questo guadagno di tempo, questa proposta porta proprio alla rottura del rapporto costituzionale tra esecutivo e legislativo. Infatti, questo referendum presenta due possibilità: o — e questo è il caso piú verosimile, stando alle molte esperienze che abbiamo fatto con gli scioglimenti d'autorità del Reichstag — piú di 22 milioni di persone, seguendo le parole d'ordine, in questo senso unitarie, di partito, si uniscono per votare contro il presidente; oppure, invece, l'indifferenza generale raggiunge un cosí alto grado che la partecipazione al voto non è sufficiente all'abrogazione delle ordinanze di emergenza. Nel primo caso il presidente del Reich e la burocrazia, fintanto che i partiti si trovano uniti solo nella negazione, saranno spinti al mantenimento dell'ordinanza di emergenza e quindi all'aperta violazione della Costituzione. Nel secondo caso, invece, proprio l'evidenza della scarsa resistenza delle masse popolari, contiene il massimo incentivo possibile a instaurare la dittatura di fatto, quand'anche in forme giuridiche. Perciò, anche la conseguenza giuridica che Fraenkel trae dalle sue due proposte, sembra molto problematica quantomeno nelle sue effettive possibiltà di sviluppo. Egli crede che ormai voti di sfiducia e abrogazione parlamentare dell'ordinanza di emergenza non rappresentino piú alcun pericolo per l'andamento costituzionale degli affari di governo, e che perciò l'articolo 25 della Costituzione possa essere modificato. Al

[8] Cfr. E. Schiffer, *Die neue Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlin 1932, il cui articolo 15 contiene una estesa proposta in questa direzione.

presidente, ormai, può essere solo consentito, caduto il gabinetto, di sciogliere il Parlamento con l'aiuto del nuovo cancelliere, presentato dalla maggioranza parlamentare. Egli deve, inoltre, ricevere il diritto allo scioglimento del Reichstag solo quando non è piú in grado di combattere con gli strumenti referendari l'abrogazione di un'ordinanza d'emergenza da parte del Parlamento. Con ciò sarebbero salvati i princípi della democrazia. Però questa salvezza è di natura solo molto teorica. È sancita una prassi costituzionale in cui presidente e burocrazia possono decretare e amministrare fintantoché il Parlamento non dimostri alcuna possibilità di una positiva maggioranza. A tal riguardo, al Parlamento resta teoricamente la possibilità di riacquistare pienamente i suoi poteri, se è abile. Lo spazio costituzionale di presidente e burocrazia sarebbe abbastanza ampio da rendere possibile, in teoria, l'incontrastata sopravvivenza del Parlamento e dei partiti anche qualora questi non fossero in grado di agire positivamente. Certamente, nel caso di una difficoltà, limitata nel tempo, nella formazione di una maggioranza, queste modificazioni costituzionali costituirebbero delle garanzie contro un abuso di competenza dell'esecutivo. Come istituto permanente una siffatta situazione è impossibile. Il Parlamento inetto, condannato a una parvenza di vita legale, alla prima occasione opportuna, per esempio al primo referendum sull'abrogazione di un ordinanza d'emergenza, verrebbe sepolto tra la rassegnazione politica di vasti strati della popolazione. A tal proposito, nulla cambierebbe anche se in futuro, il presidente, nel quadro di determinate proposte, non fosse piú eletto dal popolo bensí dal Reichstag. Infatti, qui, come ognuno dovrebbe vedere, non si tratta affatto primariamente di una questione di persone. In questo processo di sviluppo il presidente, a seconda della personale posizione e capacità, giocherebbe un ruolo piú o meno attivo. Egli stesso potrebbe maggiormente spingere innanzi oppure essere maggiormente quello che viene spinto, senza che perciò sia introdotta una modificazione del quadro generale.

Abbiamo qui dovuto ampiamente discutere questo complesso di questioni sulla base delle concrete proposte di modifica, visto che in tal modo è possibile la risposta alla fondamentale questione se tramite la modifica e dislocazione delle disposizioni organizzative all'interno di una Costituzione democratica esistente, verrebbe mutato qualcosa di decisivo nelle condizioni strutturali politiche e sociali. Certo è vero che, attraverso proposte come quelle fatte da Fraenkel, per un fugace istante, Costituzione e realtà politica coincidono. Ma, tutto considerato, si tratta di una gara priva di prospettive. Non si può con un quadro democratico togliere alla dittatura l'impulso verso una sicura legittimazione del

suo operato. La democrazia, in quanto ordine giuridico che segue la realtà come un'ombra, alla prossima tappa dell'identificazione di diritto e realtà non sarebbe ormai altro che un'ombra della democrazia. Modificazioni organizzative della Costituzione, perciò, sarebbero difficilmente in grado di rimuovere la difficoltà prodotta — in un paese con interessi sotto ogni aspetto cosí divergenti, come la Germania — dalla creazione di un governo sorretto dalla volontà della maggioranza.

Ci si chiede se questa valutazione possa valere anche di fronte a quelle proposte di modifica che si occupano dell'introduzione di un nuovo tipo di *rappresentanza dell'economia* e dell'abbandono del sistema elettorale proporzionale. I progetti che mirano all'introduzione di una nuova rappresentanza dell'economia [9], non devono essere scambiati con i progetti ufficiali per l'istituzione di una Camera alta. Quelli si differenziano da questi per il tentativo di render possibile una rappresentanza degli interessi economici adeguata ai rapporti sociali della Germania. Da ciò ci si aspettava un allentamento dei fronti politici. Infatti, tramite una rappresentanza dell'economia che tenesse equamente conto di tutti i gruppi professionali, sarebbe data la possibilità di creare in determinati ambiti economici fronti unitari, che non si debbono realizzare nel Parlamento dei partiti. Ma chi dovrebbe costituire un tale Parlamento dell'economia? Se la maggior parte dei partiti tedeschi si potesse unire nella Costituzione di un tale Parlamento dell'economia, esso non sarebbe piú necessario; infatti quelle materie sociali, su cui un tale Parlamento dell'economia potrebbe legiferare in accordo con il Reichstag, potrebbero essere sbrigate anche dallo stesso Reichstag, purché unito. Se, però, nel Parlamento dell'economia il legame politico fosse piú forte dell'interesse della rappresentanza popolare, indirizzato — se possibile — allo stesso fine dal punto di vista sociale, allora sarebbe un inutile riflesso della rappresentanza popolare e un'inutile complicazione della procedura legislativa. Del resto, a ciò si aggiunge ancora il fatto che *uno* dei fronti possibili in questo Parlamento dell'economia, quello dei consumatori, sarebbe difficilmente capace di eliminare le presenti difficoltà. L'argomentazione teorica secondo cui l'uomo si scinderebbe in cittadino dello Stato e uomo economico, che dovrebbe motivare la necessità di una particolare rappresentanza economica, è sbagliata. Infatti, costituisce proprio la specifica posizione dei partiti tedeschi nell'accentuazione della loro concezione unitaria del mondo, collegare il loro orizzonte politico-ideale con il quadro concreto di una condizione economica pretesa e ambita. Allora, fintantoché la democrazia in Germania

[9] Cfr. le caratteristiche esposizioni di Simons, *op. cit.*, p. 585.

dev'essere mantenuta con le forme-partito specifiche di essa, non vi è alcuno spazio per una rappresentanza dell'economia distinta e di natura essenzialmente differente da essa. Che anche in una democrazia esistente e funzionante si sia prodotta la necessità di non rimettere piú alla discrezione della burocrazia ordinanze legislative ed esecutive che si rapportino a questioni sociali, bensí di vincolarle all'approvazione di un tale organismo dell'economia — lo si rilevi solo marginalmente —, non abbisogna d'altronde di alcuna modificazione della Costituzione, si tratta qui di una porzione d'influenza che, tramite adeguate riserve delle singole leggi, può essere sottratta alla burocrazia.

Una *riforma elettorale*, il cui scopo principale sia l'abolizione del sistema proporzionale, la reintroduzione del collegio uninominale con ballottaggio, può certo offrire qualche vantaggio. Però, questi vantaggi non vanno nella direzione del ripristino di una democrazia attiva. La possibilità di formare un governo attraverso una maggioranza democratica, non è favorita in Germania dall'abolizione del sistema proporzionale. Certamente, con ciò, tutti i partiti piú piccoli verrebbero eliminati, e soltanto i nazionaltedeschi guadagnerebbero in alcune province contadine dell'Est qualche irrilevante mandato. Uno o due partiti operai e il partito nazionalsocialista continuerebbero ad esistere; il partito cattolico, che con la chiusura confessionale delle sue aree di reclutamento e con l'invalicabile spaccatura tra i partiti verrebbe favorito da tale diritto elettorale, diventerebbe nuovamente il fattore parlamentare decisivo. Una modificazione fondamentale della situazione politico-generale, con ogni probabilità, non si verificherebbe, tanto piú che, a causa del ristretto numero dei partiti, verrebbero in questo caso ancor piú messe in risalto le invalicabili divergenze di partiti diversamente strutturati dal punto di vista ideologico e sociale. A fronte di ciò, stanno forse alcuni effetti positivi di una tale modifica del sistema elettorale, che però non mirano a facilitare la formazione democratica del governo. Un obbligo all'intesa può essere esercitato su partiti vicini e di struttura sociale pressoché uguale, come si attendeva l'appassionato avversario del sistema elettorale proporzionale tedesco, il defunto capo redattore della « Wiener Arbeiter-Zeitung » Friedrich Austerlitz [10], con riferimento alla SPD e KPD. Anche all'interno degli organismi stessi di partito si provvede al miglioramento del corpo dei funzionari, tramite la riduzione delle circoscrizioni elettorali e la possibilità data con ciò agli elettori di fare dei confronti individuali dei due o tre candidati. Non si può comunque sopravvalutare troppo nemmeno questa funzione di selezione; infatti, l'elettore anche

[10] Cfr. l'articolo sul voto proporzionale in « Die Gesellschaft », ottobre 1931.

in tal caso farà regolarmente la sua scelta piú secondo punti di vista sociali e ideologici che personali. Ma anche se si tien conto del miglioramento dei princípi di selezione interni ai partiti e della possibilità straordinariamente importante di un avvicinamento dei due partiti operai, nemmeno per questo tramite avverrà uno spostamento delle forze politiche [11].

Quale ultima possibilità, finora scarsamente considerata, di una trasformazione democratica della Costituzione rimarrebbe il tentativo di mutare le disposizioni sull'*iniziativa popolare* (*Volksbegehren*) e sul *referendum* (*Volksentscheid*), in modo tale che con la procedura della diretta legiferazione popolare, possa realizzarsi la possibilità dell'intervento attivo di parti organizzate della popolazione. Come noto, non è questo oggi il caso, per ragioni diverse fondate nelle prescrizioni procedurali della Costituzione. Si dovrebbero, dunque, eliminare gli ostacoli che oggi si contrappongono praticamente ad un efficace referendum. Un tale ostacolo è rappresentato dall'esclusione delle leggi sul bilancio e fiscale dalla procedura della legislazione popolare. Per l'elasticità di questo concetto giuridico vengono cosí rese impossibili molte iniziative popolari, tanto piú che al governo spetta il diritto di decidere sull'ammissibilità di una iniziativa popolare e con ciò la possibilità di ricusarne l'ammissibilità, perlomeno — come mostra la storia della piú recente iniziativa popolare presentata dal Partito socialdemocratico — di un loro illimitato differimento. Inoltre, la procedura dovrebbe venir semplificata, non dando comunque piú la precedenza a una iniziativa popolare. Non è comprensibile perché partiti che hanno preso nelle ultime elezioni del Reichstag piú del 15 per cento dei voti, solo nell'iniziativa popolare debbano addurre la prova della quota di partecipazione del 10 per cento. Inoltre, riguardo a leggi che modificano la Costituzione — e ciascun governo riterrà che sia incostituzionale ogni disegno di legge di iniziativa popolare che gli sia scomodo — ci si dovrebbe accontentare del consenso della metà di coloro che hanno partecipato all'ultima elezione del Reichstag, e sganciare la zavorra dei non votanti anche per la procedura di legislazione popolare. Infine, ci si dovrebbe decidere a rendere facoltativo l'inserimento, finora obbligatorio, del Reichstag nel procedimento di legislazione popolare e a dare a questo solo il diritto di poter — fino alla conclusione del procedimento — rendere superfluo il referendum con una legge parlamentare che coincida con il contenuto di esso. Con ciò sarebbe tracciato l'ambito delle riforme per le quali

[11] Cfr. la presa di posizione, cautamente ponderata, di G. Leibholz nel numero speciale del « Reichsverwaltungsblatt » sulla riforma dell'assicurazione (*Reichsversicherung*), fasc. 47, pp. 930 ss.

la procedura della legislazione popolare potrebbe essere effettivamente realizzata. Ma, in tal modo, si sarebbe realmente raggiunto lo scopo di avvicinare reciprocamente i partiti divergenti? Potrebbe cosí salire dal basso una spinta che non solo costringa i partiti ad unirsi nella procedura di legislazione popolare, ma anche li porti ad un'ulteriore azione comune?

Certo, l'uso senza limiti da parte di un partito politico della procedura cosí semplificata potrebbe, in via eccezionale, procurargli un sorprendente successo; un'abile utilizzazione di questa procedura potrebbe forse anche ottenere che un altro partito, per evitare un esito positivo di tale decisione, non auspicato a causa delle sue ripercussioni politiche, presenti una legge parlamentare di uguale contenuto. Ma il grosso problema di una costante collaborazione delle forze politiche per la sistematica riforma dei rapporti sociali, non sarebbe, con la possibilità di tali azioni singole, molto piú prossima alla sua soluzione.

Prognosi costituzionali patiscono la difficoltà e l'insolubilità del problema giuridico-costituzionale della imputazione. È certamente possibile fare asserzioni generali sui grandi princípi teorico-costituzionali della democrazia, della monarchia assoluta e dell'aristocrazia feudale e associarvi determinati fenomeni storici. Cercare di individuare quale, però, dei singoli istituti costituzionali costituisca forse la causa o il punto di partenza di maggiori rivolgimenti, quale istituzione avrebbe forse potuto evitare sanguinose dispute all'interno di uno Stato, è difficile per l'osservatore che guardi all'indietro, ma certamente impossibile per quello che sia intento alla costruzione politico-costituzionale per il futuro. Infatti, all'interno di un ordine giuridico dato, è una questione che appartiene alla casualità storica, quella di quale potere — una volta che si sia data un'istituzione costituzionale — ne faccia uso e la sfrutti. Alla questione se, ad esempio, un nuovo sistema elettorale non possa per caso provocare la presa legale del potere da parte di una maggioranza fascista per quanto esigua, e se con ciò non abbia indirettamente l'effetto di distruggere i fondamenti della democrazia, è impossibile rispondere a priori cosí come alla questione di quali forze sociali risulterebbero avvantaggiate da una modifica del procedimento elettorale per la carica di presidente del Reich. Con certezza si può dire solo questo: una Costituzione che ad ogni passo corre il pericolo che si abusi delle sue attuali e future posizioni organizzative per distruggere la democrazia stessa, non soffre di difetti che *riforme* costituzionali possano correggere. Certo, la classe operaia difenderà in qualsiasi momento gli istituti fondamentali della democrazia, come lí sono: suffragio uguale e segreto, un organismo rappresentativo basato su di esso, i diritti di libertà personale e so-

ciale. Il grado di produttività e l'ulteriore ampliamento e miglioramento di questi istituti dipendono, però, come l'esperienza ci mostra continuamente, dalla direzione e rapidità del processo di trasformazione sociale in cui ci troviamo attualmente. Le concezioni e gli interessi sociali divergenti, ma ancor piú l'attuale sproporzione tra le grandi organizzazioni sociali e i detentori del potere di comando economico, poliziesco e militare, sono ciò che influisce davvero in modo distruttivo sulla democrazia. Danni concreti ad un dato sistema sociale, approvato in sostanza dalla stragrande maggioranza dei cittadini, possono essere evitati con l'introduzione di nuove norme costituzionali o con l'abrogazione di quelle invecchiate. Ma in Germania — se si prescinde dalla riforma del Reich, riguardo alla quale del resto ancora molto si discute se la sua forma giuridica definitiva non possa essere trovata anche solo in conseguenza della riforma sociale — si tratta, in sostanza, di qualcosa d'altro. Non si tratta qui di problemi che possano essere risolti principalmente da un nuovo sistema costituzionale. Qui sta anche la profonda differenza rispetto alla situazione che si presentò alla borghesia tedesca del trentennio centrale del secolo scorso, e a cui essa non seppe far fronte. Là si trattava di trovare le forme politiche adeguate ad un sistema sociale in sé non problematico. Oggi, invece, si tratta della *riforma delle condizioni sociali* stesse. In sé, la democrazia offre a tale scopo una forma giuridica certamente utilizzabile, poiché qui la volontà statale scaturisce dal popolo sovrano, e non c'è alcun'altra condizione di legittimità al di fuori di questa sovrana volontà popolare. Nel momento in cui, però, i singoli gruppi non sono piú disposti a sottoporsi a questa volontà popolare, e con ciò distruggono i presupposti della democrazia, una riforma della democrazia sarebbe un inadeguato strumento ausiliario. Dunque, proprio solo l'irrompere di nuove forme sociali deve creare nuovamente il presupposto della democrazia.

Riforma costituzionale e socialdemocrazia (1933)

Una volta, Friedrich Engels ha definito la *Weltanschauung* giuridica l'ideologia classica della borghesia, una « secolarizzazione della visione teologica del mondo », nella quale « subentrò al posto del dogma del diritto divino, il diritto umano, e al posto della chiesa lo Stato »[1]. Non si può negare che il monito mezzo beffardo che risuona da questa frase non sempre ha trovato sufficiente considerazione. In tutti i tipi di socialismo, nella Russia comunista come pure nel pensiero statuale del riformismo mitteleuropeo, si è avuta per molto tempo una certa ipostatizzazione dello Stato. Ma ogni dottrina marxista dello Stato, qualsiasi sia il suo aspetto, tatticamente e temporalmente determinato, deve mantenere come mezzo, per tutte le istituzioni statali dell'epoca presocialista, la continua valutazione di tutte le categorie politiche. La dottrina marxista della democrazia, come quella della dittatura del proletariato, non sono comprensibili se non si tiene conto di quella continua sottomissione del criterio di considerazione di tutte le cose statali. Non si poté, perciò, mai accordare la teoria marxista dello Stato con una considerazione che assumeva come punto di partenza delle discussioni teorico-statali e teorico-costituzionali la nozione aprioristica degli oggetti statali e sociali al di là dell'esperienza sociale concreta e indipendentemente da essa. Sia che si tratti ora di teorie della rappresentanza o dell'autorità, sia che si tratti di una teoria della nazione o del popolo, solo la concreta posizione sociologica di ognuna di queste teorie chiarisce il suo ambito di validità nella costruzione di un concreto ordinamento statale. Il modo marxista di considerare le cose dello Stato ha sempre dedotto la possibilità e la necessità di determinati istituti statali da concreti rapporti sociali.

[1] *Juristensozialismus*, in « Neue Zeit », 1883.

Hilferding, nel suo rapporto al Congresso di Kiel *, ha giustamente sottolineato il fatto che la socialdemocrazia si è sempre guardata dal cadere nelle costruzioni della filosofia borghese dello Stato, e in particolare di quella tedesca. Il metodo marxista, cosí viene detto lí, richiede che noi in tutti i fenomeni sociali eliminiamo il feticismo di tali fenomeni attraverso l'analisi della realtà. Perciò anche il rapporto qui considerato, del Congresso di Kiel [2], che si occupa esaurientemente delle questioni del potere statale, appare come una conclusione politica concreta risultante da una analisi dei rapporti di forza politici e sociali negli anni della stabilizzazione. Questo rapporto tratta la questione della dittatura sullo sfondo di una minaccia della democrazia, visto che a base di esso sta l'idea di una democrazia efficiente. Prende le mosse da una generale osservanza delle regole del gioco politico stabilite costituzionalmente, e solo marginalmente appare la domanda: « Cosa accade, però, se i dominanti non rispettano la democrazia? ». Questa domanda ha avuto lí la medesima risposta che si trova nel famoso rapporto di Otto Bauer al Congresso di Linz [3]. Nel momento in cui si cerca di distruggere i fondamenti della democrazia rimane solo il mezzo della forza. Queste esposizioni sono sostenute dalla convinzione che per la socialdemocrazia, nelle condizioni della nostra civiltà mitteleuropea, non appaia sensata una sottomissione, nel corso di una guerra civile offensiva, dell'avversario politico che si mantiene nell'ambito dell'ordinamento legale. Riguardo a ciò, in primo piano è la considerazione che una guerra civile condotta con i mezzi attuali di una industria degli armamenti altamente specializzata, non dovrebbe essere evitata perché sarebbe in dubbio una vittoria finale del proletariato [4], ma perché una tale vittoria, con tutti i suoi effetti sociali, costerebbe troppo cara ad un partito che nel socialismo non vede soltanto un nuovo sistema di potere, ma soprattutto il risultato di un nuovo sistema di vita. Non si parte, dunque, da un'idea astratta di democrazia, ma viene posta la concreta domanda: che cosa dà alla causa finale del socialismo le maggiori *chances* di riuscita; che cosa garantisce nel modo migliore il sorgere di un ordinamento statale socialista, che non si prefigga soltanto il riassetto economicamente necessario, ma sia anche in grado di salvaguardare la libertà personale dell'individuo come eterno elemento costitutivo del nostro sistema culturale europeo? Una valutazione socialista

* Il congresso di Kiel si tenne nel 1927 e nella sua relazione Hilferding espose compiutamente la teoria del 'capitalismo organizzato'.

[2] *Protokoll des Kieler Parteitages*, pp. 170 ss.

[3] *Protokoll des Parteitages der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei Oesterreichs*, pp. 255 ss.

[4] Cfr. K. Renner, « Der Kampf », ottobre 1932, p. 402.

della democrazia non si imposta, perciò, innanzitutto nel patrimonio di norme giuridiche di una Costituzione democratica, bensí deve far dipendere la sua valutazione della democrazia se può contare su di un generale comportamento legale degli altri fattori di potere politico, e se gli altri partiti e gruppi sociali di potere siano disposti a riconoscere le istituzioni democratiche fondamentali anche quando queste siano atte a limitare le loro aspirazioni egemoniche e a garantire margine d'azione ai loro avversari politici. Se perciò, oggi, fino ad un certo grado, per la trasformazione della generale situazione politica e sociale, non è piú data alcuna sicura garanzia di una condotta legale da parte di tutti, anche la posizione della socialdemocrazia riguardo al concreto ordinamento costituzionale deve mutarsi. Una Costituzione, il cui funzionamento ' democratico ' non è piú garantito, si disgrega per ogni singolo *partner* in un fascio di possibili posizioni. A seconda dell'atteggiamento del rispettivo *partner* nei confronti della democrazia in generale, guadagnare una posizione eminente può aprire la via nuovamente ad una democrazia funzionante oppure può costituire per lui il punto di partenza per una dittatura fascista. Per il momento, in ogni caso, la socialdemocrazia dovrà fare i conti con questa disgregazione di un'idea centrale di Costituzione. Perciò, la constatazione di Ernst Fraenkel [5] che Costituzione di Weimar e socialdemocrazia non sono dei gemelli siamesi, è assolutamente giusta, anzi, si deve inoltre sottolineare in generale il fatto che la socialdemocrazia non potrà a lungo stringere con alcuna Costituzione della società presocialista un'alleanza eterna. Infatti, come l'esperienza insegna, anche la migliore di queste Costituzioni può perdere il suo carattere democratico a causa di processi di deformazione prodotti nell'ordinamento statale da un substrato sociale trasformato.

Fraenkel, però, si allontana considerevolmente dalla sua posizione iniziale quando, al posto della garanzia di una legalità generale e quindi al posto del possibile effetto di utilità dell'ordine costituzionale per la socialdemocrazia, pone la questione del tutto generale, orientata semplicemente allo Stato: questa Costituzione è poi ancora Costituzione? Rispondendo negativamente a questa domanda e vedendo perciò minacciato il fine immanente della Costituzione di rappresentare un ordinamento dell'esistenza statale, ci consiglia di mettere da parte le nostre amate idee sulla bellezza della Costituzione e di occuparci di quelle trasformazioni del sistema costituzionale, che sole possono rendere possibile il funzio-

[5] *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in « Die Gesellschaft », dicembre 1932, ora in Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz* cit.

namento della Costituzione. Ora, quando Fraenkel, per superare il pericoloso conflitto tra ordinamento legale e reale esercizio del potere, elabora una serie di proposte che vogliono creare la possibilità di un sistema statale funzionante a spese della bellezza del nostro sistema costituzionale, alla base di questa idea vi è un errore di principio, indipendentemente da come ci si possa porre nei confronti della validità delle sue singole proposte. Il valore formale del funzionamento viene continuamente autonomizzato e non si considera che — se pure vogliamo mantenere la concezione, certamente non del tutto adeguata, della bellezza della Costituzione — un partito socialista non è interessato semplicemente al funzionamento di una Costituzione, ma lo è soltanto se la Costituzione stessa è ' bella '. Lo stesso Fraenkel sarà certamente d'accordo con la banalità che, ad esempio, la classe operaia non ha alcun interesse che funzioni senza difficoltà un sistema costituzionale fascista, dunque un sistema costituzionale ' brutto ' secondo le intenzioni della classe operaia. Lo stesso Fraenkel saluterà con gioia insieme a noi ogni fenomeno di disfacimento dell'apparato statale fascista, proprio perché per questo fatto viene messo in dubbio il perfetto funzionamento del sistema costituzionale fascista. Ma, se le cose stanno cosí, ci pare che Fraenkel non abbia impostato correttamente la questione. Certo, la questione dell'organizzazione migliore possibile della democrazia proletaria dopo il superamento delle specifiche forme di manifestazione della nostra Costituzione sociale anarco-capitalistica è una questione della funzionalità tecnica allo scopo; qui ogni istituzione può essere considerata sotto il punto di vista dell'utilità ottimale per il funzionamento della democrazia. Però, in una Costituzione che non poggia su una struttura sociale relativamente unitaria, bensí in cui ogni spostamento d'equilibrio all'interno degli organi statali può significare una dislocazione dell'egemonia da un ceto sociale all'altro, non può esservi un interesse generale al mero funzionamento.

Per questo motivo, la tendenza di Fraenkel a fare, per amore dello Stato e della Costituzione, tramite modifiche dell'ordinamento costituzionale, tutto ciò che potrebbe ricondurre entro limiti di sopportabilità il conflitto tra ordine legale e concreti rapporti di potere, appare discutibile. Ovviamente, è giusto e non ha bisogno di nessuna prova ulteriore il fatto che il senso di ogni politica sta nel risolvere tali rapporti conflittuali. Questa soluzione, come è noto, si può ottenere, però, solo in due modi: si può adattare di volta in volta l'ordinamento legale agli effettivi rapporti di potere, si può però anche tentare di trasformare i rapporti di potere in modo tale che sia possibile un sensato impiego del-

l'ordinamento legale[6]. In ciò è decisivo il fatto che, in realtà, la soluzione dei rapporti conflittuali tramite adattamento, il che nel caso concreto significa repulsa dell'ordine legale, non è raggiunta e che il restringimento dell'ordinamento legale spinge su vie che sono al di fuori dell'ordinamento giuridico. Cosí, ad esempio, nel sistema costituzionale fascista si verifica un rapporto di perfetta coincidenza tra ordinamento legale e reali rapporti di potere. L'ordinamento costituzionale è appunto ritagliato su misura sui rapporti di potere reali, elevando a fattore determinante il Gran Consiglio fascista insieme alla persona egemone del Duce. Nessuno sosterrà che in questa coincidenza vi sia una soluzione della problematica sociale della nostra epoca. La grande differenza di un tale sistema costituzionale autocratico da uno democratico sta nel fatto che solo in questo viene garantito uno sviluppo legale, fino a un certo grado e comunque al prezzo di una inevitabile conflittualità tra ordinamento legale e sistema di potere. Perciò, in un sistema democratico facilmente può darsi il caso che — per usare per una volta questa terminologia — la sovrastruttura ideologica dell'ordinamento giuridico ' preceda zoppicando ' i reali rapporti di potere. Il potere reale può essere nelle mani di una burocrazia frammischiata a ceti feudali, sebbene secondo l'ordinamento costituzionale sia pienamente contemplata la possibilità che ' un partito popolare ' assuma il potere politico. Da un punto di vista giuridico-formale, allora, vi può essere un conflitto tra l'esecutivo e il Parlamento, in cui ovviamente si opera su entrambe le parti con il rimprovero della violazione dei doveri, e la posizione del potere reale, ovvero l'esecutivo, sotto il motto « si deve governare » cerca di influenzare lo sviluppo generale nel senso dei suoi interessi economici e sociali. Inoltre, la deduzione giuridico-costituzionale che Fraenkel intraprende, seguendo in ciò Carl Schmitt[7], è altrettanto

[6] Cfr. il mio *Weimar und was dann?*, 1930, p. 38 (v. *infra*, pp. 45-83), dove si fa notare questo squilibrio. Lí si sostiene il parere che questo conflitto trova la propria soluzione non tramite una trasformazione dell'ordinamento statale, bensí per mezzo di una riforma della distribuzione del potere economico.

[7] Nel n. 24, p. 1144, del « Roter Aufbau » si parla di « collegamenti trasversali teorici » tra il « teorico fascista dello Stato », Carl Schmitt e l'organo teorico ufficiale della SPD, « Die Gesellschaft », i quali risulterebbero particolarmente evidenti nell'articolo di Fraenkel. Se il nuovo concetto di « collegamento trasversale teorico » significasse che Ernst Fraenkel ha colto l'occasione per occuparsi delle posizioni teorico-statuali di Carl Schmitt, allora l'uso del concetto « collegamento trasversale » dimostrerebbe soltanto che per gli scrittori comunisti risulta inammissibile già solo occuparsi ed analizzare idee non comuniste; se, però, il « collegamento trasversale teorico » volesse indicare una identità della finalità politica, allora si tratta di un'asserzione insostenibile. L'affermazione che, dalle proposizioni di Fraenkel derivi, con logica conseguenza,

indiscutibilmente sostenibile dal punto di vista giuridico quanto, nel punto decisivo, sociologicamente irrilevante. È assolutamente giusto che la Costituzione vigente del Reich conceda ad un Reichstag capace di maggioranza e d'azione tutti i diritti e possibilità per imporsi quale fattore determinante della formazione della volontà statale; che però, d'altra parte, il Parlamento, nel caso che non ne sia in grado, non ha il diritto di pretendere che anche tutte le altre posizioni responsabili divengano incapaci d'agire. Inoltre, non viene considerato il fatto che ciò che si chiama occupazione giuridico-costituzionale di un posto vacante con l'ausilio di una teoria dello stato di emergenza o teoria dei vuoti (*Lückentheorie*) appartenente all'intangibile patrimonio del diritto costituzionale, dal punto di vista sociologico può rappresentare senz'altro un'usurpazione del potere da parte di una classe sociale che altrimenti non avrebbe modo di agire. Dal punto di vista giuridico il saggio di Heckel citato anche da Fraenkel si è inoltrato nel modo piú approfondito fino a quel punto di rottura. Lí si dice:

> Il diritto di azione d'emergenza risulta dal dovere di fedeltà rispetto alla Costituzione in quanto totalità. L'azione d'emergenza si distingue dalla violazione della Costituzione e in particolar modo dal colpo di Stato per la sua intenzione costituzionale. [8]

Per la questione se e quando vi sia necessità di salvezza, nella sfera dello stato di emergenza politico sono evidentemente prevalsi finora i medesimi criteri che nell'azione di emergenza penale, intrapresa ultimamente dalla Seconda Sezione penale della Corte suprema del Reich nei confronti dei proprietari terrieri della Prussia orientale. Tanto l'azione individuale di emergenza, che questa Sezione penale — per l'impedimento di vendita all'asta da parte dei proprietari terrieri — ha motivato con una visione di tipo abbastanza originale dei rapporti economici, come pure l'azione generale d'emergenza intrapresa da von Papen per gli stessi ceti, è certo difficile che possano basarsi su di una tale intenzione costituzionale. Ma anche se si ammette che il successore di von Papen potesse essere realmente disposto a comporre una risultante dalle direzioni politiche esistenti, il senso proprio della Costituzione sarebbe venuto meno. Infatti, la Costituzione poggia sul principio

l'esortazione al colpo di Stato, che Fraenkel semplicemente non avrebbe il coraggio di dichiarare in modo esplicito, rappresenta un intenzionale travisamento delle esposizioni di Fraenkel; l'intero articolo riporta, come al solito, solo dei frammenti travisati dell'intera discussione teorico-statuale e teorico-costituzionale, che dovrebbero produrre la prova che si tratta di una « concezione statuale neorevisionista ».

[8] « Archiv für öffentliches Recht », nuova serie, vol. XII, p. 311.

dell'autogoverno del popolo e ben presto si vedrà che la risultante che lo Stato burocratico trae non ha piú nulla in comune con l'intenzione costituzionale della democrazia. Qui si tratta dunque, non di spostamenti di competenze da organi che funzionano bene, bensí di constatare che, cosí come l'azione di emergenza significa un reale spostamento del peso sociale, soltanto la codificazione di questo reale spostamento di peso significherebbe una modificazione della Costituzione democratica.

Perciò, le proposte di modifica di Fraenkel dovrebbero essere analizzate considerando se esse, che vogliono garantire un perfetto funzionamento della Costituzione, mantengano contemporaneamente una Costituzione dello Stato che fa della sovranità statuale, del Parlamento e dei diritti fondamentali i punti centrali della realtà costituzionale. Fraenkel inizia dall'articolo 54 della Costituzione, che innegabilmente prende le mosse dall'idea che, nell'accettazione di un voto di sfiducia da parte del Parlamento, al capo dell'opposizione vincente sia affidata la direzione degli affari di governo ed egli formi cosí un gabinetto con una sicura maggioranza del Reichstag. Nel Reich tedesco questa semplice possibilità di applicazione dell'articolo 54 per i piú diversi motivi non è mai stata praticata, per quanto, come è noto, in tutta la storia parlamentare weimariana si è giunti soltanto due volte ad un aperto voto di sfiducia. Con la nascita di una maggioranza nazionalsocialista-comunista crebbero ancor piú le difficoltà di formazione del governo, cosicché fu assolutamente impossibile a lunga scadenza la formazione di un gabinetto di maggioranza e il presidente del Reich, in seguito a ciò si trovò in condizione di far formare gabinetti di minoranza, i quali non avevano la benché minima intenzione di raggiungere una maggioranza del Reichstag, ma che anzi lo sciolsero già prima che ad esso fosse data l'occasione per far cadere il governo. Fraenkel, ora, intende attribuire al voto di sfiducia della maggioranza del Reichstag l'effetto della dimissione del gabinetto solo allorché i partiti dell'opposizione siano in grado di fare al presidente del Reich una proposta positiva per la persona di un cancelliere che disponga di una maggioranza. Se questa concezione divenisse legge, allora il presidente del Reich sarebbe in condizione di lasciar governare il precedente gabinetto finché non si trovi una tale maggioranza e non sarebbe costretto a sciogliere cosí spesso il Reichstag. Quindi, l'articolo 25 della Costituzione può essere mutato anche nel senso che il presidente possa sciogliere il Parlamento solo con la controfirma del nuovo cancelliere presentato dal Parlamento. In tal modo, Fraenkel intende assicurare al Reichstag, anche per il periodo in cui non è in condizione di formare da sé un nuovo gabinetto di maggioranza, la sua esistenza e con ciò la possibilità della legisla-

zione e del controllo sull'amministrazione. La proposta porta, dunque, per il pericolo di una opposizione disomogenea per motivazione, provenienza sociale e scopo politico, ad una legalizzazione dei metodi burocratici di dominio: a un governo non solo *de facto* ma ormai anche *de jure* indipendente dal Parlamento, di fronte al quale — come controparte — sta un Reichstag incapace d'azione. Su questa proposta, possono aver influito reminiscenze dello sviluppo costituzionale della Germania prebellica; ciò che allora fu, solo controvoglia, sopportato dai partiti di maggioranza fino alla piena instaurazione della responsabilità democratico-parlamentare, dev'essere ora esercitato con saggia automoderazione dai divergenti partiti di maggioranza, fintantoché non riescano ad accordarsi sull'esercizio attivo del potere. Come ricompensa per questa automoderazione sono mantenuti l'influenza morale del Reichstag e il suo diritto di controllo sull'amministrazione.

Se si confronta, però, lo sviluppo politico attuale con quello di allora, si rivela il fatto che nella storia costituzionale non può darsi una « organica regressione ». Il Reichstag d'anteguerra, nonostante gli mancassero competenze d'intervento sugli affari governativi correnti, aveva un'autorità che superava di gran lunga il suo potere, per il fatto che in esso si vedeva il portatore di uno sviluppo dei rapporti politici interni della Germania, desiderato ed auspicato dalla maggioranza del popolo. Perciò, discorsi di un politico dell'opposizione avevano una forte risonanza e un certo effetto. Poiché ogni mossa falsa accusava direttamente lo stesso sistema monarchico e comprometteva i portatori sociali di questo sistema, entro certi limiti si dava ordinariamente un controllo sull'amministrazione da parte dell'istanza politica, il Reichstag. Il signore a venire proiettava la sua ombra. Ma chi potrebbe credere che un Reichstag, che rinuncia di propria volontà alle sue competenze non essendo piú in condizione di adempiervi regolarmente, possa avere nel popolo anche solo un briciolo di quella risonanza che fu il momento piú significativo della storia del Reichstag d'anteguerra? Chi potrebbe vedere in un tale Reichstag, che rinuncia per debolezza, i prodromi di uno sviluppo giuridico-costituzionale a venire della Germania? L'idea che un tale Reichstag sarebbe moralmente e praticamente in grado d'influenzare l'incredibilmente complesso apparato amministrativo, che è nelle mani di una burocrazia omogenea e rigidamente chiusa, è sbagliata. Proprio perché la presa di possesso dell'apparato di potere statale, nell'epoca di una vasta influenza diretta dello Stato sull'intero ambito della vita sociale, è diventata piú importante dell'influsso generalmente morale e di controllo che un'istanza parlamentare può esercitare sull'ambito dell'amministrazione, la funzione del Parlamento del dopoguerra è continua-

mente mutata. In tutti i paesi a Costituzione democratica, che hanno spiccato carattere di classe, l'accento decisivo della democrazia sta prima dell'attività del Parlamento. Il risultato immediato del voto e la composizione del governo che, in una democrazia normalmente funzionante, ne deriva, è ciò che garantisce l'influsso determinante sull'esercizio amministrativo corrente. In Germania è stato cosí, in modo ben piú spiccato che nei Paesi anglo-americani; infatti, nel Reich tedesco non si è conosciuta l'istituzione di commissioni stabili, nominate dal Parlamento ma composte non soltanto da membri di esso, le quali sollevino il Parlamento dalla fatica della fissazione delle regole generali per quasi tutti gli ambiti dell'amministrazione sociale [9]. Se in Germania una classe sociale vuole avere influenza sull'amministrazione corrente, deve essa stessa tentare di penetrare nel corpo burocratico. Se, però, in pratica si esclude questa possibilità, allora a nulla serve pure il mantenimento di un Reichstag, di fronte al quale l'amministrazione è ora anche formalmente indipendente. Un Reichstag che non è in grado di nominare un governo, non può nemmeno compiere una produttiva opera di legislazione che possa nuovamente bilanciare, per mezzo di norme di legge dettagliate, la scarsa influenza sull'esercizio diretto dell'amministrazione.

Adeguando, però, le norme costituzionali alla realtà amministrativa, come propone Fraenkel, e legalizzando il potere dominante dell'apparato burocratico e militare, come tutte le esperienze storiche insegnano, una siffatta divisione del potere statuale non durerà a lungo. L'esempio prussiano dovrebbe insegnarci che nella storia politica non si dà una reintegrazione nella condizione precedente. Infatti, questa in nessun caso dipenderebbe dalla volontà della maggioranza del Reichstag. Il trattamento che il sig. Hitler ha avuto dal presidente del Reich, la motivazione con cui si volle rifiutare a Hitler il ministero degli esteri e quello della difesa, hanno mostrato che burocrazia ed esercito non sono disposti, anche sotto l'attuale Costituzione, a un ripristino del parlamentarismo. Ma cosa ne sarebbe della democrazia parlamentare se si trasformasse l'articolo 54 della Costituzione cosicché il Presidente fosse, in qualsiasi momento, nella condizione di disporre una verifica del fatto se sussista una maggioranza idonea, nel senso della burocrazia? [10]. Non si vede alcun motivo per cui la socialdemocrazia dovrebbe acconsentire a una modifica della Costituzione che affida — fino ad

[9] Per gli Stati Uniti, cfr. Ch. Beard, *American Government and Politics*, 1931, pp. 210 ss.

[10] Riguardo ad ulteriori costruzioni per la limitazione dell'articolo 54, cfr. le mie esposizioni in « Die Arbeit », 1932, fasc. 12.

un certo punto di diritto, quantomeno però di fatto — alla discrezione della burocrazia l'esistenza della democrazia e le dà la possibilità di acquistare a cosí buon mercato una parvenza democratica.

L'altra proposta avanzata da Fraenkel è, in questo contesto, degna di nota, specialmente perché mostra che anche la voluta limitazione dei diritti del Reichstag non basta ad evitare l'incombente conflitto tra maggioranza del Reichstag e burocrazia esecutiva resasi autonoma. Infatti, al Reichstag resta sempre la possibilità di abrogare le ordinanze di emergenza presidenziali, e il presidente ha sempre — certo non nel quadro del diritto costituzionale vigente, ma, come si è mostrato, di fatto — la possibilità di sciogliere il Reichstag prima dell'abrogazione delle ordinanze di emergenza. Per evitare anche questo, Fraenkel vuol dare al presidente il diritto di indire, ampliando l'articolo 73 della Costituzione, un referendum popolare per decidere se l'ordinanza di emergenza debba essere abrogata in conformità con la risoluzione del Reichstag. Anche qui, vien meno, dunque, la necessità per il presidente del Reich di sciogliere il Reichstag prima che questo abbia preso una risoluzione riguardo all'abrogazione delle ordinanze di emergenza; anche qui, l'articolo 25 della Costituzione può essere mutato in conformità al fatto che, se il Reichstag vuole l'abrogazione di un'ordinanza di emergenza, non possa darsi uno scioglimento del Reichstag finché la procedura referendaria non sia conclusa. Per la possibilità di procrastinare l'esito del referendum con l'uso di ogni dilazione, resterebbe alla burocrazia un certo tempo che è lungo abbastanza per far operare i suoi provvedimenti di emergenza nel frattempo rimasti in vigore. Se si giunge, però, poi alla votazione, il destino della democrazia è piú incerto che mai; infatti, il rifiuto delle ordinanze di emergenza indurrebbe nuovamente sulla via del diritto costituzionale indefinito (*offenes Staatsrecht*): via che Fraenkel pretenderebbe qui evitata, proprio tramite l'abolizione del valore di ultima istanza (*Letztinstanzlichkeit*) del voto del Reichstag.

Cosí, le proposte di modifica costituzionale di Fraenkel non significano altro che una legalizzazione dell'attuale divisione del potere, per cui la Costituzione può funzionare solo per il fatto che i suoi diritti parlamentari democratici, in quanto attualmente non applicabili, sono messi a disposizione con una clausola di rigenerazione (*Wiederauflebensklausel*). Si potrà, perciò, difficilmente rimproverare di conservatorismo costituzionale la socialdemocrazia, se essa resta fedele all'ordinamento costituzionale weimariano, di fronte a proposte di modifica che vogliono soltanto sancire una ripartizione del potere ad essa sfavorevole. Ma oltre a ciò, si deve, e ovviamente si può, discutere se ci siano possibilità concrete di mu-

tare le norme weimariane, in modo tale che, da un fascio di diritti isolati i quali — a causa del reciproco antagonismo dei partiti fra loro e dei partiti con la burocrazia — recano a ogni partito interessato un utile estremamente ridotto piú casuale che calcolabile, sorga nuovamente un ordinamento costituzionale sensato.

I piani di riforma costituzionale del passato governo non hanno fornito, come oggi viene generalmente riconosciuto, alcuna base a questo scopo. E non avrebbero nemmeno incontrato mai l'approvazione costituzionale del Reichstag. Da questa, però, nessuno poteva dispensare il governo del Reich. Per l'ammissibilità costituzionale di un'infornata di Pari (*Pairschub*) mediante decreto presidenziale, in cui — secondo la proposta di Walter Jellinek — per una lista presidenziale si dovrebbe ricorrere ai non elettori [11], non si è levata alcuna voce. Nella letteratura socialista, sono stati indicati fino ad oggi svariati istituti come oggetti per un'auspicata modificazione costituzionale. Heller e Simons [12] hanno lanciato nella discussione l'idea di un diritto del presidente di appellarsi da sé al popolo tramite un referendum contro il Parlamento, cosí come la questione di una rappresentanza per categorie professionali e di una elezione del presidente del Reich da parte del Reichstag. D'altra parte, ci viene raccomandata la reintroduzione del diritto elettorale maggioritario come via d'uscita dalle nostre difficoltà politiche. Certo, questo autore, il noto scrittore cattolico Hermes [13], sta ben attento a far dipendere l'effetto terapeutico di questa modifica del diritto elettorale dal fatto che « subentri una certa tranquillità ». Se, però, noi formuliamo infine positivamente questa condizione della ' tranquillità ', allora la questione principale è con ciò messa sul tappeto: è sensata una riforma costituzionale isolata, quand'anche le sue intenzioni fossero giuste e degne di approvazione? Non sono forse proprio gli articoli 156 e 165, i piú promettenti della Costituzione di Weimar, a fornire la prova del fatto che punti di partenza ideologici di un nuovo sistema economico sono certo infinitamente preziosi, ma che la Costituzione resta tuttavia essenzialmente un monumento delle disarmoniche tensioni sociali, se la realtà sociale le vieta i punti di partenza per la sua trasformazione? Perciò, è necessario valutare accuratamente quali modifiche costituzoinali siano oggi in grado di perfezionare, nel senso da noi voluto, la democrazia, senza che si siano verificate quelle trasformazioni sociali che noi sentiamo urgenti.

[11] G. Jellinek, *Reich und Länder*, vol. 6, pp. 270 ss. Con cautela critica si veda a tal riguardo Leibholz, in « Reichsverwaltungsblatt », vol. 47, p. 930.

[12] « Neue Blätter für den Sozialismus », novembre 1932.

[13] Hermes, *Wahlrecht und Verfassungskrise*, in « Hochland », novembre 1932, p. 110.

Il numero delle norme che potrebbero apportare tali vantaggi per mezzo di una semplice modifica della meccanica politica, non è troppo grande. Problema principale resta, a questo proposito, la riforma del diritto elettorale. L'idea che il suffragio proporzionale sia il diritto elettorale proprio dell'epoca della democrazia di massa, non sembra essere stata finora confutata, e, fino a nuovo avviso, deve essere ritenuta ancora aperta la questione se, nei rapporti sociali di classe e di ceto della Germania, da un mutato diritto elettorale potrebbero derivare risistemazioni tali, che verrebbero perciò in qualche modo ridotte le difficoltà di formazione del governo. Sembra che, senza ignorare gli argomenti che, per esempio, ha sollevato nelle nostre file Austerlitz contro la procedura elettorale tedesca, si sopravvalutino gli effetti di tali interventi giuridico-costituzionali.

Per quanto ora concerne le ulteriori proposte di modifica costituzionale, discusse anche tra i socialisti, bisogna innanzitutto esaminare quali effetti produrrebbero queste proposte, nella concreta situazione in cui oggi ci troviamo, una volta che dovessero diventare elementi della Costituzione. A tal riguardo, si dovrà osservare che la classe operaia tedesca deve fare i conti oggi non solo con le forme organizzative, in sé non stabilizzate, del Partito nazionalsocialista, bensí con il fatto che ha almeno la stessa rilevanza della tendenza crescente all'autonomizzazione dell'apparato burocratico statale e militare. Si sottovaluterebbe l'azione del 20 luglio*, se si vedesse in essa solo l'intenzione di liberarsi del Partito socialdemocratico, e non anche la volontà d'instaurare un autonomo potere burocratico per difendersi dai nazionalsocialisti. L'eliminazione della Spd, l'efficace difesa contro i nazionalsocialisti, significano un potente passo avanti nel processo di autonomizzazione dell'apparato statale, che ora per parte sua vuole vincolare a sé i singoli gruppi della popolazione e giocarli, all'occorrenza, l'uno contro l'altro. In ciò è cresciuta l'unità della burocrazia. Se prima i tribunali avevano cercato, tramite l'accentuazione dei loro poteri di controllo tipici dello Stato di diritto, di assicurarsi un'autonoma influenza indipendente sia dalla burocrazia amministrativa che dal legislativo, negli ultimi tempi le cose si sono mutate. Con il conferimento alla Giustizia di un ampio margine discrezionale nell'ambito, oggi particolarmente importante, del diritto di sequestro di beni immobili (*Liegenschaftszwangsvollstreckungsrecht*), cosí come attraverso la

* Il 20 luglio con un colpo di Stato militare fu sciolto il governo autonomo della Prussia, guidato da Otto Braun, uomo 'forte' della Spd. Si può dire che in quella data anche l'ultimo resto della coalizione di Weimar fu fisicamente liquidato e che in tal modo Hindemburg 'contraccambiò' l'appoggio datogli dalla Spd in aprile per la rielezione.

riduzione delle garanzie proprie dello Stato di diritto nel diritto penale — entrambe conseguenze della prassi dell'ordinanza di emergenza —, giustizia e amministrazione si sono notevolmente avvicinate l'una all'altra, nella sfera di competenza cosí come nella valutazione sociale delle loro funzioni nel complesso statale. L'osservazione che, « per il rapporto di buon vicinato tra potere governativo e amministrazione della giustizia e per il rispetto dei limiti reciproci, è necessario che si allenti la pressione dei poteri parlamentari sul potere di governo » [14], esprime troppo debolmente il processo di crescente unificazione e riassunzione del potere burocratico dello Stato. In ambito ideologico, questo processo si rispecchia nei tentativi teorici di presentare il ceto dei funzionari come il diretto e autonomo rappresentante della nazione, il cui comportamento politico, ma naturalmente non partitico, gli procura un piú alto grado rispetto ai partiti politici [15]. Quanto fragile sia certamente questa posizione ideologica, si mostra nello sforzo, altrettanto spasmodico quanto vano, di delimitare il concetto del funzionario sovrano (*Hoheitsbeamt*) dal funzionario occasionale (*Zufallsbeamt*) dell'amministrazione economica. Con questo potere, il cui ruolo pericoloso per lo sviluppo di un socialismo democratico viene oggi chiaramente alla luce, devono fare i conti anche i progetti di riforma costituzionale. Non è ragionevole raccomandare oggi istituzioni che, al momento attuale, sono in grado soltanto di consolidare l'egemonia di questa burocrazia, come nel caso di chi intende dare al presidente del Reich la facoltà di condurre un autonomo referendum popolare contro il Parlamento. Ciò che in un sistema statale socialista è quantomeno teoricamente sensato — poiché qui non sono due corpi prevalentemente animati da interessi divergenti ad invocare il verdetto popolare, bensí si lotterebbe praticamente intorno alla concreta giustezza di un provvedimento — nello Stato attuale significa un incremento, da nulla legittimato, del potere della burocrazia autonoma. Le si offrono in tal modo le basi d'appoggio per una dittatura plebiscitaria, che — come ogni esperienza storica mostra — ha interesse al referendum popolare solo in quanto si fa in tal modo legittimare a posteriori dal popolo la sua usurpata posizione di forza. La questione della sostituzione dell'elezione po-

[14] Gebhard, *Der Vorrang der Regierungsgewalt*, in « Zeitschrift für Politik », novembre 1932.

[15] Queste tendenze risultano in modo chiaro nella relazione di Köttgen sull'VIII Congresso dell'Unione dei giuristi tedeschi, in « Archiv für öffentliches Recht », nuova serie, vol. 21, fasc. 3. Sul ruolo della classe funzionariale, in particolare sui tentativi di impedire la sua istituzionalizzazione nelle forme tradizionali del 1918, cfr. le istruttive osservazioni in Holborn, « Historische Zeitschrift », vol. 147, fasc. 1.

polare del presidente tramite un organo rappresentativo, quasi come contrappeso contro l'indipendenza dell'esecutivo accresciuta dalla concessione di un autonomo diritto al referendum popolare, non dovrebbe avere troppa rilevanza. Se la burocrazia ha, in un paese con tali divisioni di classe come la Germania, una possibilità cosí grande di rendersi autonoma, certamente il suo armamentario teorico viene rafforzato col ricorso al « ruolo plebiscitario ed autoritario insieme del presidente del Reich » (Carl Schmitt); praticamente, però, in una tale situazione, anche un presidente eletto da un organismo rappresentativo non potrà contrapporre, a lungo andare, alcun ostacolo decisivo alle tendenze di autonomizzazione della burocrazia. La storia tedesca del dopoguerra conosce a sufficienza esempi di politici che, diventati ministri, come capi della loro amministrazione, quantunque avessero, certo più del presidente, un diretto legame con il Parlamento e con il partito, si sono ridotti a organo di rappresentanza parlamentare della loro rispettiva burocrazia.

L'introduzione di corpi professionali è, com'è noto, diversamente giudicata anche da socialisti. Sulla questione se tali corpi siano sensati per una democrazia socialista, non dobbiamo prendere qui posizione [16]; qui dobbiamo semplicemente chiederci: dall'istituzione di un organismo siffatto, nella concreta situazione tedesca, possono derivare vantaggi alla causa di una democrazia socialista? Sembra utopistico credere che, laddove partiti politici, purtuttavia comunque sempre rivolti al tutto, riescono a malapena a trovare un accordo, una struttura di rappresentanti di interessi professionali, che non possono avere altro compito se non quello di conquistare il massimo di volta in volta ottenibile per il proprio gruppo, potrebbe produrre un decisivo mutamento. A ciò si aggiunge ancora che, anche assicurando ai lavoratori l'influenza che possono pretendere secondo la loro forza organizzativa [17], può riflettersi là soltanto lo *status quo* della nostra attuale costituzione economica. E a questo i lavoratori organizzati non dovrebbero essere affatto interessati. La socialdemocrazia non dovrà, dunque, attendersi granché da una riforma costituzionale che si compia nell'ambito dell'attuale rappresentanza di potere.

Tuttavia, si dovrà in linea di tendenza assolutamente concordare con l'esigenza programmatica che noi dovremmo iniziare la nuova battaglia politica con un programma complessivo di trasformazione dello Stato e dell'economia. Solo, non si dovrà dimen-

[16] C. Landauer, *Planwirtschaft und Verkehrswirtschaft*, 1931, pp. 148 ss.
[17] Cfr. le corrispondenti considerazioni in T. Simons, in « Neue Blätter für den Sozialismus », 1931, p. 585.

ticare che il modello di una futura costruzione statale socialista non potrà assumere già oggi forme concrete, allo stesso modo di un programma economico socialista. Che una Costituzione socialista debba connettere il controllo della collettività sull'economia, la rappresentanza di lavoratori ed impiegati nella direzione delle loro imprese, la sostituzione dell'alta burocrazia con funzionari responsabili provenienti dagli ampi strati della popolazione — sostituzione assicurata per l'avvenire mediante la distruzione del monopolio borghese dell'istruzione — con la salvaguardia della libertà personale dell'individuo, è fuori discussione. Questo è il programma del socialismo democratico che dobbiamo e vogliamo annunciare ovunque. Ma le esperienze di tutte le grandi rivoluzioni ci hanno insegnato che, per quanto questo grande tracciato di una costruzione statale futura sia stabilito, rappresenterebbe un'impresa impossibile voler stabilire programmaticamente già oggi la concreta strutturazione della conduzione statale socialista. Ogni struttura statale concreta, infatti, dipende in modo decisivo dalle circostanze di politica estera ed interna sotto le quali si compiono questi processi trasformativi. Finora è prevalsa la convinzione che, nell'ampia cornice della Costituzione di Weimar, sia possibile uno sviluppo continuo delle nostre istituzioni politiche. La rapidità del processo di disgregazione borghese, nella nostra attuale situazione di crisi, ha fatto vacillare la costruzione weimariana. Infatti, dobbiamo prendere atto del fatto che l'effettivo interesse di legalità di ampi ceti politici ha patito gravi difficoltà. Poiché la tendenza dello sviluppo sociale, negli ultimi tempi, si è troppo chiaramente delineata in direzione socialista, alcuni gruppi sociali ritennero di dover abbandonare l'ordinata posizione di ripiegamento che la Costituzione di Weimar gli garantisce, e di non potersi lasciar sfuggire l'occasione di un'ultima offensiva. Sarebbe errato disconoscere che il concreto sviluppo costituzionale può essere solo il prodotto di una lotta siffatta. Infatti, da ultimo, le rivoluzioni non sono prodotti della Costituzione, bensí le Costituzioni sono quasi sempre il monumento di una rivoluzione riuscita.

Marxismo, dittatura e forma di organizzazione del proletariato (1933)

In un'epoca in cui la professione di marxismo è considerata segno di decadimento umano e nazionale, la discussione pubblica adotta in larga misura il concetto di dittatura che ha avuto la sua impronta decisiva nel pensiero marxista. Nel marxismo il concetto di 'dittatura del proletariato' definisce un punto determinato dello sviluppo generale dei rapporti economici. La dittatura proletaria rappresenta soltanto la manifestazione esterna e la definitiva affermazione di un processo già compiuto sotto il velo dei rapporti avutisi finora [1]. In una tale visione del concetto marxiano di dittatura il maggior peso viene a ragione spostato da una definizione formale alla caratterizzazione di un determinato stadio di sviluppo sociale. Questo ruolo della dittatura nella struttura della dialettica marxiana [2] e la posizione specifica in essa della classe lavo-

[1] Cfr. la considerazione sul concetto di dittatura del proletariato fatta da E. Troeltsch in *Der Historismus und seine Probleme*, Tübingen 1922, p. 333. [Il passo al quale si riferisce Kirchheimer è il seguente: « Si tratta di un punto che è diventato della massima importanza pratica e la cui tragica difficoltà noi oggi sperimentiamo nelle contrapposte interpretazioni di ciò che Marx abbia inteso per 'dittatura del proletariato'. Gli uni vedono in ciò soltanto l'estrinseco manifestarsi e la definitiva affermazione di un processo già realizzatosi sotto il manto degli attuali rapporti, il passaggio anche formale dell'economia intimamente matura per la socializzazione e il dominio del proletariato diventato democratica maggioranza e della vera tendenza di sviluppo. Gli altri, invece, vedono in ciò il possibile dominio di minoranze coscienti grazie al rivoluzionario crollo generale del mondo civile (*Kulturwelt*), minoranze che con il terrorismo e la costrizione, attraverso una crisi mondiale di lunga durata, guidano, ma soprattutto educano, le masse sempre recalcitranti e confuse allo Stato senza classi dell'economia comunitaria. Entrambe queste posizioni possono richiamarsi a Marx che su questo punto si sviluppò nel buio estremamente efficace in senso agitatorio e la cui avversione contro ogni fantasticheria utopica, forní soltanto allusioni in entrambe le direzioni ». *N.d.C.*]

[2] Che il concetto di dittatura di Marx non debba essere assolutamente inteso in modo giuridico formale, è sottolineato da A. Gurland nella sua pole-

ratrice, risultano inequivocabilmente da quello scritto di Karl Marx che ha affrontato la questione della dittatura del proletariato nel modo piú concreto e che ha dato adito ai piú grossi equivoci dovuti ad una considerazione talvolta insufficiente del suo scopo specifico. Nell'*Adresse des Generalrats über den Bürgerkrieg in Frankreich* (*Indirizzo del Consiglio generale sulla guerra civile in Francia*) si fa notare che la classe operaia non pretendeva miracoli dalla Comune, che essa soltanto, per raggiungere la propria liberazione e con essa quella superiore forma di vita verso cui tende irresistibilmente l'attuale società con il proprio sviluppo economico, deve condurre lunghe lotte, un'intera serie di processi storici tramite i quali gli uomini, come pure le condizioni, sarebbero stati del tutto trasformati. L'elemento proprio del concetto, in stretta connessione con l'intera concezione di Marx, è perciò il necessario collegamento dell'azione del proletariato con una determinata situazione di maturità economica della società. Ambedue sono indivisibili e si condizionano a vicenda. Inoltre, per Marx l'idea di dittatura risultava dall'uso linguistico del suo tempo, assunto da lui già nel *Manifesto comunista* e che fu applicato in particolar modo negli scritti storico-politici nei quali si occupò della situazione francese. Dittatura qui significa il momento *meramente effettivo* di dominio di una classe o di un gruppo sull'altro, indipendentemente dalle forme giuridiche in cui si compie questo dominio. Quest'ultimo significato del termine dittatura risulta in modo eccellente nell'introduzione scritta da Paul Levi alle osservazioni sulla rivoluzione russa lasciate da Rosa Luxemburg. Vi si dice:

> Dittatura del proletariato, ora possiamo vedere cosa sia. Non è una condizione che si verifica nelle vaste regioni della filosofia sociale, non è una forma statale brevettata che nasconde in sé una forza segreta. È il conquistato potere dello Stato per tutto il tempo in cui dietro ad esso vi è la volontà, la forza, l'entusiasmo, la fede nella vittoria della classe proletaria. [3]

Tuttavia, nel contrasto di interessi ed opinioni all'interno dei partiti operai del mondo, alla concezione della dittatura in Marx è stata sempre prestata molto meno attenzione che al complesso di questioni che si occupa del rapporto di democrazia e dittatura in senso politico formale con la possibilità della democrazia in quanto forma giuridica, in cui si realizza la dittatura del prole-

mica contro Otto Bauer e Max Adler, *Marxismus und Diktatur*, Leipzig 1930, pp. 66 ss.

[3] R. Luxemburg, *Die Russische Revolution*, omaggio critico, a cura e introdotto da P. Levi, Berlin 1922, p. 59.

tariato. Si è fatto molto spesso riferimento alla formulazione di Engels della democrazia quale forma specifica della dittatura del proletariato, senza però mai far insieme menzione del fatto che Engels, in questo punto della critica del progetto del programma di Erfurt, pensava in primo luogo al concetto di democrazia in quanto polo antitetico alla monarchia militare semifeudale in Germania. In nessun punto delle considerazioni di Marx ed Engels, però, si trova cenno al fatto che la forma statale della democrazia con i suoi tipici istituti avesse costituito un *antecedente formale necessario* (*notwendige Vorform*) della dittatura proletaria nel processo d'inasprimento dialettico dello sviluppo verso la dittatura del proletariato. A partire dal *Manifesto comunista*, Marx procede costantemente dal fatto che il dominio del proletariato debba costituire il dominio della stragrande maggioranza nell'interesse della stragrande maggioranza. Da ciò risulta che laddove vi sia una democrazia conquistata storicamente per lo piú con la decisiva collaborazione del proletariato, è data la massima possibilità per una trasformazione pacifica dello Stato borghese in uno Stato proletario. Questa possibilità si differenzia da paese a paese, a seconda della situazione economico-politica, ed è stata differentemente valutata in periodi diversi e per diversi paesi da Marx e Engels.

Sicuro per Marx è soltanto il fatto che la democrazia del XIX secolo è la forma statale tipicamente ultima, ovvero quella che secondo le condizioni d'origine — sia per quanto rigurda l'organizzazione appena raggiunta politicamente del proletariato, sia anche per ciò che riguarda la maturità economica della società — rappresenta una forma tale di società borghese nella quale — come Marx osserva nella *Critica del Programma di Gotha* — la lotta di classe dev'essere definitivamente condotta a termine.

Sulla possibilità di attuare pacificamente questa trasformazione all'interno di una democrazia esistente, anche Marx e Engels hanno potuto esprimere ovviamente soltanto supposizioni. Anche la famosa introduzione di Engels alle *Lotte di classe in Francia*, contiene (anche basandosi sull'intero testo engelsiano) soltanto considerazioni sullo sviluppo possibile, che si riallacciano alle concrete esperienze dell'ultimo periodo della vita di Engels. Riguardo a ciò è ovvio che il proletariato, quale rappresentante dell'interesse di sviluppo dell'intera società, è interessato ad una forma di trapasso che riduca al minimo i conflitti — un pensiero che una volta Marx espresse asserendo che sarebbe bello se uno potesse accaparrarsi i *lords* terrieri.

Non solo la questione della forma di transizione dalla repubblica borghese democratica alla dittatura del proletariato rimane affidata al concreto decorso storico. I fenomeni che comunemente riassu-

miamo con il termine fascismo, fanno apparire assolutamente problematico in che misura, innanzitutto per situazioni piú arretrate, lo Stato borghese parlamentare democratico, che in qualche modo pretende di essere universalmente valido, possa essere considerato quale forma statale che precede la dittatura del proletariato, e se il periodo di transizione dal capitalismo al socialismo presenterà generalmente la democrazia come una costante.

Ogni analisi marxista contiene affermazioni sul ruolo del ceto medio come pure del sottoproletariato nel processo rivoluzionario. Già nel *Manifesto comunista*, Marx e Engels hanno accennato alla possibilità di scelta che il ceto medio ha nel processo politico. In modo quasi profetico, lí si riconosce che il sottoproletariato quale emarcescenza passiva dei ceti piú bassi della vecchia società, una volta scaraventato in movimento dalla rivoluzione proletaria, a causa della sua situazione sarà pronto a vendersi a manovre reazionarie. Anche nelle *Lotte di classe in Francia* e nel *18 Brumaio di Luigi Bonaparte* è esaurientemente illustrato il ruolo sociale e politico di quei ceti e ad essi viene assegnato il dovuto spazio nel corso degli avvenimenti politici. In tal modo, dunque, il Marx *storico* tiene conto della parte spettante a quei ceti; nella concezione generale dello sviluppo dialettico essi non ottengono alcun posto autonomo, sia per il fatto che nel momento storicamente decisivo (come Marx constata per la piccola borghesia parigina nell'*Indirizzo del Consiglio generale sulla guerra civile in Francia*) essi si sottomettono alla classe che unica è ancora capace di una iniziativa sociale, sia perché le forme di realizzazione in Marx appaiono assolutamente marginali e abbozzate, per lo piú con intenzione polemica, come si vede in certo modo nella *Critica del Programma di Gotha* del 1875. Qui stanno in primo piano questioni poste in modo sempre nuovo dalla realtà, a cui Marx poteva e voleva rispondere di volta in volta, a partire da riferimenti concreti che il suo tempo gli offriva. Procedere oltre in questo campo gli sarebbe sembrato un fantasticare utopico; infatti, notoriamente egli non intendeva in alcun modo scoprire le forme politiche del futuro.

Oggi, tuttavia, non è da rilevarsi soltanto un oggettivo inasprimento delle contrapposizioni di classe. Si formano, piuttosto, privati eserciti politici, indipendenti e in armi, che sorgono non tanto come partiti ma come truppa combattente armata. Essi si congiungono a determinati gruppi sociali allo scopo esclusivo della conquista del potere, per prendere in loro esclusivo possesso il potere statale con l'aiuto e l'appoggio di essi. La tendenza dei loro ceti dirigenti non si volge prevalentemente verso una trasformazione sociale; il sostegno dato a determinati gruppi sociali avviene, piuttosto, semplicemente contando di stabilizzare in tal modo il proprio

dominio politico allo scopo di sfruttare l'apparato di potere statale.

Con ciò, tuttavia, viene distrutto il meccanismo della democrazia parlamentare che poggia sul bilanciamento delle forze sociali, in considerazione delle loro trasformazioni causate dai rispettivi risultati elettorali. Oramai la decisione politica non solo avviene al di fuori del Parlamento, come sarebbe in sé possibile tramite una intesa autonoma degli avversari sociali ottenuta con la decisiva collaborazione della burocrazia; essa soprattutto non contiene piú la tendenza ad un corrispondente livellamento delle forze sociali, le quali oggi manifestamente non hanno a disposizione alcun altro mezzo tecnico se non il Parlamento. Infatti, quella forza che prende ora il potere, a motivo del proprio interesse vitale, non può piú garantire ai lavoratori quello spazio di libertà di cui abbisognano per organizzare le loro forze e che neppure il loro piú acerrimo antagonista, la grande borghesia, ha potuto finora mai sottrargli con le proprie forze. In ciò il fascismo non ha alcuna scelta. Secondo la legge con cui si è insediato, deve soffocare queste forze con il piú duro apparato coercitivo burocratico. Con questo, però, per i paesi che stanno nella prospettiva di un dominio fascista, l'aperto antagonismo tra la forma politica che qui s'impone e il grado di maturità economica è scoppiato nei casi in cui questi paesi (come la Germania) non si trovano piú nello stadio di un capitalismo ancora da creare, bensí di un capitalismo già sviluppato [4]. La possibilità di un doppio progresso — che cioè lo sviluppo politico e quello economico possano tenere il passo, cosí come si esprime nell'idea della transizione da una democrazia che, in riferimento al suo contenuto, è dominata da forze borghesi ad una dominata da forze proletarie — viene con ciò messa in dubbio. Laddove una forza in armi interviene spontaneamente nello sviluppo sociale e getta il potere ottenuto sul piatto della bilancia a favore e contro determinati ceti sociali, al proletariato viene chiusa forse la via democratica. Con una qualche probabilità, si delinea allora la combinazione di circostanze che il programma di Linz della socialdemocrazia austro-tedesca prevede esplicitamente come possibile: che la classe operaia possa ancora conquistare il potere statale soltanto in una guerra civile impostale.

[4] Si rimanda qui all'articolo di F. Borkenau, *Zur Soziologie des Faschismus*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », vol. 68, fasc. 5. Lí si trovano esaurienti considerazioni sul rapporto tra grande borghesia e fascismo. Partendo dalla tesi che il vero fascismo come ogni dittatura sia uno Stato di transizione verso la creazione del capitalismo industriale, si fa notare l'impossibilità di un confronto del nazionalsocialismo tedesco con le dittature dei paesi capitalisticamente non ancora del tutto sviluppati.

Con questo però, il centro della discussione si sposta nuovamente dalla questione della transizione democratica, che ha dominato il dibattito dell'ultimo decennio, alla questione della dittatura proletaria. Il luogo della disputa tra socialismo occidentale e mitteleuropeo e bolscevismo russo subisce con ciò uno spostamento. La discussione stessa, però, dovrà svilupparsi tanto piú intensamente, poiché nel bolscevismo si trova una ideologia divenuta storicamente efficace, nella quale si dovrà tener conto sia delle dichiarazioni teoriche che delle esperienze pratiche. La dottrina della dittatura del proletariato trova la sua forma teorica nello scritto *Stato e rivoluzione* di Lenin. Questo scritto risale all'estate del 1917, quel lasso di tempo breve ma storicamente decisivo che abbraccia lo spazio tra rivoluzione borghese e rivoluzione comunista della Russia. Non può perciò contenere ancora nulla delle esperienze pratiche della seconda rivoluzione russa, ed è particolarmente interessante proprio perché in esso la concezione leniniana dello Stato proletario si sviluppa indipendentemente dalla sua realizzazione nella situazione russa. Prendere le mosse da questo è giustificato anche perché nella letteratura della Russia sovietica, del resto non solo in questa [5], questo scritto, come noto, è sempre considerato come prosecuzione lineare della dottrina marxiana della dittatura del proletariato e in Russia è diventato il punto di partenza della teoria ufficiale dello Stato.

La sua particolarità consiste nel rapporto antitetico tra l'elemento della forza verso l'esterno nell'ambito sociale e l'elemento di mancanza di dominio all'interno, che si manifesta nell'intera argomentazione. Con compiacimento e particolare rilievo Lenin cita la frase di Engels sulla rivoluzione come la cosa piú autoritaria che ci sia, come atto mediante il quale una parte della popolazione impone la propria volontà all'altra parte con fucili, baionette e cannoni. E sommerge l'ideologia democratico-parlamentare, che allora era in pieno rigoglio nell'Europa occidentale e centrale come pure nei corrispondenti partiti della Russia, con lo scherno del politico a cui la storia contemporanea pare avere validamente offerto la prova del contrario. In ciò Lenin, seguendo la tradizione rivoluzionaria francese, si rivela seguace del centralismo; definisce la tendenza alla repubblica federativa come « pregiudizio piccolo borghese ». D'altro canto, però, vi è l'idea che se la maggioranza del

[5] Questa tendenza ad identificare Marx con Lenin è nettamente espressa, in una ragguardevole esposizione della teoria marxista dello Stato, da Shermann H. M. Chang, *The Marxian Theory of the State*, Philadelphia 1931. In modo interessante sia J. R. Commons, nell'introduzione a questo lavoro, sia l'autore cinese stesso, sottolineano l'incredibile importanza della giusta comprensione della dottrina marxiana per la concreta situazione cinese.

popolo stesso sottomette il proprio oppressore, non sia piú necessario un certo potere. Con costante riferimento alla descrizione di Marx della Comune di Parigi del 1871, si rilevano le necessarie trasformazioni nella struttura della burocrazia tramite eleggibilità e amovibilità, si fa notare l'equiparazione dei funzionari con gli impiegati e i lavoratori e si mostra l'incommensurabile significato dell'abolizione dell'esercito stanziale. Attraverso queste misure da collegarsi all'espropriazione degli espropriatori, secondo la visione di Lenin stesso verrà introdotta nuovamente la condizione di una democrazia primitiva, di un « governo equo » — come egli dice tenendo presenti gli interessi dei contadini. Lenin ritiene realizzabile questo democraticismo naif attraverso la trasformazione del capitalismo in socialismo. Questa « democrazia primitiva », come lui stesso la definisce, è l'unica idea di realizzazione della democrazia proletaria che appartenga originalmente al suo orizzonte teorico. Ai suoi critici pone espressamente la domanda: « In che altro modo sennò dovrebbe avvenire il passaggio all'esercizio delle funzioni statali da parte della maggioranza della popolazione, da parte del popolo stesso? ». Questo carattere primitivo della democrazia proletaria nell'ambito della dittatura del proletariato, a suo avviso non è misura transitoria per l'epoca della conquista proletaria del potere; le sue esposizioni non lasciano invece dubbio alcuno sul fatto che egli con ciò crede di aver raggiunto subito, con un salto dialettico, quello stadio in cui dal dominio sulle persone si dà amministrazione delle cose. Infatti, tramite la descritta soppressione di quegli attributi dello Stato borghese, le funzioni dello Stato devono essere ricondotte ai loro elementi tecnici accessibili a tutti. È l'esempio, impiegato esplicitamente, della Posta come un apparato di massima perfezione tecnica, secondo il quale oramai tutti i lavoratori, ciascuno in conformità con le sue funzioni, eserciteranno amministrazione.

In questa rappresentazione democratica dell'oggetto politico della rivoluzione, la struttura presupposta del suo soggetto, il partito proletario, introduce ora una nota opposta. Infatti, nella teoria leniniana del partito viene eliminata ogni idea di democrazia diretta. La nota concezione della necessità della natura cospirativa di un gruppo gerarchico di rivoluzionari di professione, di quei « giacobini legati all'organizzazione dei lavoratori dotati di coscienza di classe », domina la teoria leniniana del partito. È la dottrina della necessità di una disciplina eteronoma che non si fonda su una coscienza di massa esistente. È quella famosa dottrina, che condusse [6] alla scissione del movimento operao russo con tutte le gravi conse-

[6] Cfr. il saggio di Lenin *Che fare?* apparso nel 1902.

guenze che oggi la storia ci mostra, cosí come Lenin la deduce dalle particolari esigenze dell'assolutismo russo.

Contro questa teoria leniniana del partito, Rosa Luxemburg si è opposta già nel 1904 *, facendo in tal modo proprio il punto di vista del proletariato occidentale e mitteleuropeo. La rigida delimitazione del nucleo organizzato del partito dall'ambiente rivoluzionario che lo circonda, le appariva come un tentativo di trasferire princípi organizzativi blanquisti al movimento socialdemocratico delle masse operaie [7]. Per lei, la socialdemocrazia non è soltanto legata con l'organizzazione della classe operaia, ma è il movimento proprio della classe operaia. Con grande acutezza Rosa Luxemburg critica la trasposizione meccanica dei princípi della disciplina capitalistica di fabbrica alla disciplina autonoma della classe operaia, cosí come in Lenin essa acquista, d'altronde, dopo la rivoluzione, espressione ancor piú plastica che nella dichiarazione teorica del 1902 [8]. Per Rosa Luxemburg, il momento della spontaneità acquista una influenza superiore ad ogni cosa. Qui il partito si limita all'unificazione della volontà dei lavoratori. Tanto maggiore è il grado di spontaneità, tanto piú è possibile evitare il duplice pericolo di ricaduta nella setta e del ribaltamento nel movimento riformista borghese. Si può rilevare qui, in Rosa Luxemburg, una valutazione troppo scarsa della parte sempre necessaria di autonomizzazione gerarchica. In ogni caso, il profondo abisso che vi è nella questione della polemica sull'organizzazione, ritorna nel giudizio sulla parte della rivoluzione russa vissuta ancora in prima persona da Rosa Luxemburg.

Il salto dialettico dal potere statale della dittatura proletaria al primitivismo della democrazia proletaria, come lo sviluppò teoricamente Lenin richiamandosi alla Comune [9], non ha trovato nella

* R. Luxemburg, *Problemi di organizzazione della socialdemocrazia russa*, Roma 1970².

[7] La discussione apparve in lingua tedesca nella «Neue Zeit», 1904, vol. 22, 2. Cfr. inoltre Martov, *Geschichte der russischen Sozialdemokratie*, Berlin 1926, pp. 74 ss.

[8] Cfr. lo scritto di Lenin, *I compiti futuri del potere sovietico*, in *Opere complete*, vol. XXVI, Roma 1966, dove si parla della pacifica sottomissione delle masse alla volontà unitaria dei dirigenti del processo lavorativo.

[9] Se qui Lenin si richiama molto spesso alle esperienze della Comune come è descritta favorevolmente da Marx nella *Guerra civile*, dev'esser tuttavia fatto notare che il suo modo di considerare mostra una notevole differenza rispetto a Marx e che Lenin del resto qui si discosta anche dalle sue precedenti dichiarazioni sulla Comune. A. Rosenberg, *Geschichte des Bolschewismus*, Berlin 1932, p. 25 [trad. it., Firenze 1969], ha di nuovo fatto notare le essenziali differenze che vi erano nelle concezioni di Marx e Lenin riguardo alla Comune. Seppure Marx, dopo la sconfitta della Comune nella guerra civile, aderisce incondizionatamente ad essa pubblicamente (cosa che, come noto, non ha

realtà della Russia alcuna conferma. Per il primo periodo seguente alla rivoluzione, tuttavia, le reali condizioni della Russia corrispondevano fino ad un certo punto alla dottrina leninista della democrazia primitiva, ma con una differenza essenziale e caratteristica. Mentre Lenin, nella cessione di tutte le funzioni alla massa proletaria, vedeva l'inizio e il passaggio alla costruzione di una democrazia proletaria, i soviet russi nel loro periodo aureo formarono semplicemente organi per l'eliminazione dell'esistente e per la regolamentazione d'emergenza delle piú prossime necessità quotidiane. I ceti della popolazione che essi comprendono, lavoratori organizzati e non, cosí come i contadini, furono certo i soggetti essenziali della rivoluzione russa, senza i quali la rivolta di novembre a Pietrogrado sarebbe stata condannata all'isolamento e quindi al fallimento. Ma, punti di partenza per la democrazia proletaria, tuttavia, non lo sono diventati. Allorché la guerra civile fu conclusa con la sua assoluta necessità dell'unificazione centralizzata di tutte le forze, la struttura statale era praticamente assorbita nella struttura del partito. I soviet erano diventati vuoti simulacri, la teoria dello Stato di Lenin, con la sua contrapposizione dialettica tra la rivoluzione autoritaria e la democrazia primitiva, si era trasformata definitivamente a favore della dottrina di partito chiaramente autoritaria. E il partito autoritario aveva trovato nella costruzione effettiva dello Stato il proprio proseguimento lineare.

Con ciò, però, è messo fuor di dubbio il significato decisivo della forma prerivoluzionaria di organizzazione per la preparazione dello stesso Stato proletario. Certo, molti poteri e forze agiscono anche qui sulla forma definitiva delle cose. Accanto all'organizzazione del

escluso una critica epistolare), e seppur egli proponga ad esempio per il proletariato di tutti i tempi le singole azioni di essa, ciò non significa nulla per il suo giudizio sulla finalità delle sue azioni e sul fatto che ritenesse possibile un successo date le condizioni vigenti. Nella *Guerra civile in Francia* [trad. it., Roma 1970] vi è in primo luogo una valutazione morale, che riceve carattere direttamente politico tramite il netto distacco di ogni singolo atto dall'orizzonte del mondo borghese del XIX secolo, dal mondo dei signori Thiers e Bismarck. In questa cornice, si muovono anche tutte le precedenti dichiarazioni di Lenin sulla Comune, raccolte in un volume intitolato *Sulla Comune di Parigi*. In un articolo del 1911, Lenin ha espressamente discusso i motivi per cui la Comune non sia potuta diventare una rivoluzione sociale vincente (par. 15). Lí indica le due condizioni mancanti del necessario livello di sviluppo delle forze produttive e, in connessione a questo, della maturità del proletariato. Però, anche il piú eroico modello storico, di cui oggi meno che mai è possibile sottovalutare la grandissima importanza morale per la lotta di emancipazione del proletariato, può essere addotto per la questione della struttura statale proletaria soltanto se, in ogni punto di confronto, si tengono presenti le differenze strutturali e l'incredibile spostamento delle basi sociali che da quell'epoca si sono verificati. Di ciò Lenin in *Stato e Rivoluzione* non fa quasi cenno.

partito proletario, la forma del suo collegamento con altri ceti del popolo e con la specifica maturità organizzativa di essi nella conquista del potere, ha un ruolo decisivo. Però, quanto piú debolmente organizzati sono quegli altri ceti, tanto maggiore è la possibilità di eliminarli nuovamente, come è proprio della tendenza immanente ad un partito gerarchico; tanto maggiore, però, è anche la possibilità per un partito organizzato democraticamente di allargare dal primo momento la base democratica dello Stato proletario. L'esempio russo, del quale non sono da rendere responsabili semplicemente tendenze politico-esterne e politico-militari, dunque tendenze coercitive, bensí altrettanto lo sviluppo naturale e il trasferimento del partito nella struttura statale, è un classico esempio di quel restringimento della base statale che rappresenta il piú grave pericolo per la possibilità di una democrazia proletaria, come hanno continuamente rilevato Rosa Luxemburg come pure Martov e Dan *. Giustamente, Rosa Luxemburg a questo proposito osserva che la dittatura proletaria consiste nel tipo di *applicazione* della democrazia, non nella sua *soppressione*, in decisi, energici interventi nei diritti regolarmente acquisiti e nei rapporti economici della società borghese, senza i quali non si realizza la rivoluzione socialista[10].

Certo, la sostituzione della teoria statale di Lenin con la sua teoria del partito trova la sua ragione effettiva non solo nella forza di questa organizzazione autocratica di partito; la rozzezza dell'idea leniniana stessa di democrazia, rimasta eccessivamente invischiata nell'ideologia della Comune, tiene ben poco conto della complessità tecnica dell'apparato di potere nel secolo XX. Proprio l'esempio russo ha mostrato che la democrazia primitiva viene presto soppiantata da una burocrazia oligarchica che domina Stato e partito. Per questo, la questione dell'ampiezza del ceto burocratico, della sua necessaria limitazione a funzioni tecniche, e l'impedire la sua estensione a decisioni politiche è contemporaneamente una questione che concerne la possibilità e la realizzazione di una democrazia proletaria. Cosí, l'organizzazione di partito non caratterizza solo le forme per la lotta attuale del proletariato; come testimonia l'esempio russo, essa può diventare determinante anche per la formazione dello stesso Stato proletario. I lavoratori dell'Europa centrale non dovrebbero passare innanzi a queste esperienze d'organizzazione russe senza prestarvi attenzione. Il partito di Lenin ci insegna il significato non sottovalutabile di una organizzazione politica saldamente composta, dominata da una volontà centrale per epoche particolarmente

* Esponenti menscevichi.

[10] Cfr. Luxemburg, *op. cit.*, p. 116; e Martov, *Thesen über die soziale Weltrevolution und die Aufgaben der Sozialdemokratie*, in « Der Kampf », XX, p. 237.

difficili della lotta della classe operaia. Ci insegna, però, anche che la mancanza di una struttura democratica non solo suscita continuamente conflitti interni per il partito, bensí che laddove la base di fiducia è troppo ristretta è impossibile il collegamento e la mobilitazione di vasti ceti proletari e dev'essere compensata con una pressione tanto piú forte del potere repressivo statale.

Con ciò, però, la democrazia proletaria all'interno del partito è messa in dubbio altrettanto quanto la possibilità di passaggio ad istituzioni democratiche per la grande massa del popolo lavoratore all'interno della compagine statale stessa. Il grande compito storico della classe operaia europea sarà quello di trovare qui quel 'centro' che offra garanzia sia per il ruolo determinante di una compatta organizzazione proletaria nello stadio finale della lotta per il potere, come anche per il mantenimento necessario della piú ampia base di fiducia di tutto il popolo lavoratore. Infatti, soltanto entrambe queste cose insieme garantiscono, dopo le ricche esperienze dell'ultimo decennio, la vittoria di una democrazia proletaria, che realizza il motivo originario di tutta la riflessione marxiana: il dominio del proletariato come dominio della stragrande maggioranza nell'interesse della stragrande maggioranza.

Ellisse

collana diretta da
Massimo Cacciari e Biagio De Giovanni

Volumi già pubblicati:

1. Weber, *Saggi sulla dottrina della scienza*
2. Duso A. (a cura di), *Economia e istituzioni del New Deal*
3. Barcellona P., *Oltre lo Stato sociale*, seconda edizione
4. Donolo - Fichera, *Il governo debole*, con saggi di C. Offe, F. W. Scharpf, G. Vobruba, M. Jänicke, R. R. Grauhan, R. Hickel, P. Grottian, N. Luhmann
5. Auciello, *La ragione politica*
6. Wolfe, *I confini della legittimazione*
7. Labriola, *Scritti liberali*
8. Cohen, *I robot*